# Die Pfändung der Eigentümergrundschuld

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Fritz Hauss**
Gerichtsreferendar aus Münster (Westf.)

---

Marburg 1931

Buchdruckerei Ludwig Krick, Münster i. W., Bispinghof 12a

# Die Pfändung der Eigentümergrundschuld

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Fritz Hauss**
Gerichtsreferendar aus Münster (Westf.)

---

Marburg 1931

Buchdruckerei Ludwig Krick, Münster i. W., Bispinghof 12a

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Inhaltsübersicht.

Seite

Vorbemerkung . . . . . 1

I. Teil: Theoretische Grundlegung.
Die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes, insbesondere dessen Stellung im System des Grundpfandrechtes.

A. Das Eigentümergrundpfandrecht als echtes Pfandrecht. . . . 3

B. Die charakteristischen Unterschiede zwischen Fremdgrundpfandrecht und Eigentümergrundpfandrecht. . . . . 10

II. Teil: Die Durchführung der Pfändung der Eigentümergrundschuld nach herrschender Lehre. . . . . 15

A. Bei Buchpfandrechten. . . . . 16

B. Bei Briefpfandrechten. . . . . 22

C. Sonderfälle: . . . . . 24

1. Die Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld. . . . 24

2. Die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld bei der Höchsthypothek. . . . . 26

III. Teil: Kritik der herrschenden Lehre und Begründung der Anwendung des § 857 Abs. II ZPO. für die Pfändung der Eigentümergrundschuld. . . . . 29

IV. Teil: Die Durchführung der Zwangvollstreckung in die Eigentümergrundschuld nach richtiger Auffassung, insbesondere die Sicherung des Pfändungsgläubigers. . . . . 43

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547924_0010

# Literatur-Verzeichnis.


Bauer: Das Eigentümergrundpfandrecht. Diss. Marburg 1930

Biermann: Kommentar zum Sachenrecht, 3. Aufl. Berlin 1914.

Bruck: Die Eigentümerhypothek, Jena 1903.

Denkschrift zu dem Entwurf einer Grundbuchordnung Berlin 1897.

Dernburg: Sachenrecht des Deutschen Reiches und Preußens. 4. Aufl 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Bd. 1. Abt. Sachenrecht, Berlin 1905.

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. In Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 11. Bearb. Marburg 1930.

Förster-Kann: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. II. Bd. 3. Aufl. Berlin 1926.

Frank: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18. Aufl. Tübingen 1931.

Freudenthal: Die Pfändung der Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld. JW 1904. S. 602 ff.

Fuchs: Grundbuchrecht. Berlin 1902.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. II. Bd. Sachenrecht. Leipzig 1905.

Goldschmidt, Jam.: Zivilprozeßrecht. Berlin 1929.

Goldschmidt, Jul.: Noch einmal die Eigentümerhypothek. Bürg. A. 20, 21 ff.

Güthe-Triebel: Die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl. Berlin 1929.

Hachenburg: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Heck: Grundriß des Sachenrechts. Tübingen 1930.

Hemer: Begriff und Wesen der Eigentümerhypothek. Diss. Marburg 1929.

Jhering: Passive Wirkungen der Rechte. In Jher. Jahrb. 10, 387 ff.

Jung: Bürgerliches Recht. In Stammlers Enzyklopädie des gesamten deutschen Rechtes. Berlin 1931.

Koppers: Pfändung von Eigentümergrundschulden. In DJZ. 1905 S. 731.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. München-Leipzig 1929.

Mayer, Paul: Die Pfändung von Eigentümerhypotheken. In Gruch. Beitr. Bd. 56, S. 265 ff. S. 521 ff.

Nußbaum: Lehrbuch des deutschen Hypothekenwesens, 2. Aufl. Tübingen 1921.

Oberneck: Die Eigentümerhypothek im Lichte der Praxis. In Gruch. Beitr. 47 S. 306 ff.

„ Die Pfändung der Eigentümerhypothek. In Gruch. Beitr. 50. S. 551.

„ Das Reichsgrundbuchrecht, II. Bd., 4. Aufl. Berlin 1909.

Petersen: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. II. Bd. 4. Aufl. Lahr 1901.

Planck: (Strecker und Brodmann): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.

Predari: Die Grundbuchordnung. Berlin 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. III und VI, Berlin-Leipzig 1899.

Reichsgerichtsräte-Kommentar (Busch und Schliewen): Das Bürgerliche Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 7. Aufl. Berlin-Leipzig 1929.
Staudinger: (Kober): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. III. Bd. Sachenrecht. 9. Aufl. München-Berlin-Leipzig 1926.
Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 14. Aufl. Tübingen 1929.
Stein-Juncker: Grundriß des Zivilprozeßrechts und des Konkursrechts. 2. Aufl. 1924.
Struckmann-Koch: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 8. Aufl. Berlin 1901.
Sydow-Busch-Krantz: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. Berlin und Leipzig 1930.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd Leipzig 1910. II. Bd. 1. Hälfte. München-Leipzig 1914.
v. Tuhr: Die unwiderrufliche Vollmacht, in der Straßburger Festgabe für Laband S. 43 ff.
Turnau-Förster: Das Liegenschaftsrecht. 1. Aufl. Paderborn 1902.
Wolff, Martin: Das Sachenrecht. In Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürg. Rechts. Bd. III, 8. Bearbeit. Marburg 1929.

---

**Zeitschriften und Entscheidungen.**

Archiv für bürgerliches Recht (Bürg. A.)
Deutsche Juristen-Zeitung (DJZ.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.)
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruch. Beitr.).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts (KGJ.).
Jahrbuch der Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts (JFG.).
Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts (Jher. Jahrb.).
Juristische Rundschau (J. Rsch.).
Juristische Wochenschrift (JW.).
Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand (Recht).
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (OLGE.).

# Vorbemerkung.

Der Arbeit seien einige Bemerkungen über die gewählte Terminologie des Eigentümergrundpfandrechts vorausgesetzt. Es wird kaum ein Gebiet des bürgerlichen Rechtes geben, in dem eine solch unklare, verwirrende und in der Literatur völlig verschieden gehandhabte Nomenklatur herrscht. Zwar ist es meist ein sachlich bedeutungsloser Streit um Namen, der geführt wird; aber durch die Verschiedenheit der gewählten Benennungen wird leicht verschleiert, welches Recht gemeint ist und daher zu Mißverständnissen Anlaß gegeben. Diese Verwirrung wird in erster Linie von der unglücklichen Terminologie des Gesetzes veranlaßt, die ein bestimmtes Abgrenzungssystem vermissen läßt. Dafür, daß das BGB. im § 1163 Abs. I Satz 1 von einer Hypothek und im § 1177 Abs. I Satz 1 von einer Grundschuld spricht, ist kein innerer Grund ersichtlich.

Um eine für den praktischen Teil der Arbeit geeignete klare Abgrenzung der einzelnen Rechte zu erreichen, ist im folgenden einheitlich für das dem Eigentümer zustehende Pfandrecht an seinem Grundstück, dem keine persönliche Forderung zugrundeliegt, die Bezeichnung Eigentümergrundschuld gewählt. Es ist also unter diesem Namen die vom Gesetz selbst so genannte Eigentümergrundschuld und die vom Gesetz bezeichnete Eigentümerhypothek, die der persönlichen Forderung entbehrt, (die „forderungsentkleidete Eigentümerhypothek") zusammengefaßt. Dagegen ist der Ausdruck „Eigentümerhypothek" nur für die Eigentümerhypothek im engeren Sinne (die eigentliche oder „forderungsbekleidete" Eigentümerhypothek) verwandt. Beide Rechte sind unter dem Namen Eigentümergrundpfandrecht zusammengefaßt.

Der erste Teil der Arbeit, der von den theoretischen Grundlagen handelt, gilt dabei im wesentlichen gleichermaßen für die Eigentümergrundschuld wie für die Eigentümerhypothek, da begrifflich beide Rechte keine grundlegenden Unterschiede zeigen. Im praktischen Teil der Arbeit ist dagegen scharf die Behandlung der Eigentümergrundschuld von der Behandlung der Eigentümerhypothek zu scheiden.

# I. Teil:
# Theoretische Grundlegung.

## Die rechtliche Natur des Eigentümergrundpfandrechtes, insbesondere dessen Stellung im System des Grundpfandrechtes.

### A. Das Eigentümergrundpfandrecht als echtes Grundpfandrecht.

Die Frage nach der Art der Pfändung der Eigentümergrundschuld kann nur gelöst werden von einer richtigen theoretischen Auffassung über die rechtliche Natur der Eigentümergrundschuld aus.

Seitdem über das mecklenburgische und preußische Recht das Institut der Eigentümergrundschuld in unser bürgerliches Recht seinen Einzug gefunden hat, ist die Frage nach der rechtlichen Konstruktion dieses „unkonstruierbaren" Rechtes, von dem Staub [1]) sogar gesagt hat, es bedeute eine juristische Unmöglichkeit, nie verstummt und noch heute sehr umstritten. Und doch ist bei allen Schwierigkeiten der Theorie der wirtschaftliche Zweck dieses Institutes, das ursprünglich nur aus einer Gläubigerhypothek entstehen, nicht vom Eigentümer rechtsgeschäftlich begründet werden konnte, durchaus klar. Fiel durch Zahlung der Forderung seitens des Eigentümers oder durch die Nichtvalutierung der Post seitens des Hypothekars das fremde Grundpfandrecht mangels Forderung fort, so sollte dieser Fortfall nicht den im Range schlechteren Nachmännern unverdienterweise zugute kommen, die nach den besseren Zins- und Zahlungsbedingungen — den „Vergütungen für die Minderwertigkeit des Ranges" [2]) — nur auf ein wirtschaftlich schlechteres Recht am Grundstücke rechnen konnten. Vielmehr sollte der Eigentümer sich durch die Verwertung des nun ihm zufallenden Rechtes neuen Kredit verschaffen können.

Nachher ist man diesen ursprünglichen Zweck der Eigentümergrundschuld hinausgegangen und hat es dem Eigentümer gestattet, durch Rechtsgeschäft, ohne jede Beziehung zu einer Fremdhypothek, eine Eigentümergrundschuld zu bestellen, [3]) und auf diese Weise eine weitgehende Mobilisierung des Grundvermögens ermöglicht.

---

[1]) Gutachten aus dem Anwaltstande I, S. 407 ff.
[2]) Heck § 83. I.
[3]) Im § 6 des pr. Eig. Erw. Ges. vom 5. Mai 1872.

Zwei Momente waren es, die der Theorie das Erfassen des Wesens der Eigentümergrundschuld und insbesondere ihre systematische Einordnung in das Grundpfandrechtsystem außerordentlich erschwerten. Einmal die Tatsache, daß hier vom Gesetz offenbar ein Recht an der eigenen Sache anerkannt war, was man immer wieder als begrifflich unmöglich hinzustellen versuchte. Sodann die völlige Loslösung dieses Rechtes von einer zu sichernden Forderung, ohne welche man kein echtes Pfandrecht annehmen wollte. Schien so einerseits die Eigentümergrundschuld eine eigenartige Sonderstellung unter den Grundpfandrechten einzunehmen, so war andererseits dasselbe Recht so eng in das System des Hypothekenrechtes eingebaut, daß dieses ohne das Eigentümergrundpfandrecht überhaupt nicht verstanden werden konnte.

Zwei Grundauffassungen über das Wesen der Eigentümergrundschuld, die in verschiedenen Modifizierungen und Abschwächungen vertreten werden, stehen sich gegenüber. Die eine Auffassung, die insbesondere von Oberneck [4]) vertreten wird, verneint, daß die Eigentümergrundschuld in Wahrheit Grundschuld, Pfandrecht, oder auch nur ein eigenartiges begrenztes dingliches Recht sei.

In Wirklichkeit habe dieses Recht mit der eigentlichen Grundschuld bezw. Hypothek nur den Namen gemein. Oberneck definiert: [5]) „Die Eigentümerpost ist das kraft Eigentums zustehende, nicht erzwingbare Recht des Eigentümers am eigenen Grundstück auf den in der Form einer Grundkreditbelastung der Höhe und dem Range nach bestimmten Grundstückswert, mit der Wirkung seiner Entnahme aus dem Erlöse oder Ertrage des Grundstücks im Falle der Zwangsvollstreckung durch Dritte und mit der Wirkung der gesetzlichen Umwandlung in eine Gläubigerpost im Falle der Trennung des Eigentums von der Post."

Der Sinn dieser komplizierten und unklaren Definition ist, wie aus den weiteren Ausführungen Obernecks hervorgeht, der, daß die Eigentümerpost in Wahrheit ein Stück unbelastetes Eigentum sei. Durch die Bezeichnung Eigentümergrundschuld sei nur ausgedrückt, daß ein bestimmter, ideeller Wertteil, eine Wertparzelle des Grundstücks nicht mehr einem anderen hafte, sondern wieder zur freien Disposition des Grundstückseigentümers stehe. Es trete in der Eigentümergrundschuld daher nicht eine Belastung, sondern eine Entlastung des Eigentums zutage. [6])

---

[4]) Reichsgrundbuchrecht, S. 23 ff.; ähnlich Bruck S. 130 ff.; Goldschmidt, Bürg. A. Bd. 20, S. 23, 26.; Endemann § 116.; Diss. Hemer, S.51 ff.

[5]) Reichsgrundbuchrecht II S. 26.

[6]) Goldschmidt, Bürg. A. 20, S. 24.

Nur äußerlich, formell, sei dieses freie Eigentum in der Form einer Grundkreditbelastung verselbständigt, weil sich so am besten die quantitative Begrenzung des Wertteils durch eine bestimmte Geldsumme darstellen lasse. Besonders beruft sich diese Auffassung darauf, daß gemäß § 1197 Abs. I BGB. dem Eigentümer beim Eigentümergrundpfandrecht das Recht abgehe, selbst die Zwangsvollstreckung zu betreiben, ein Recht, das den anderen Pfandrechten wesentlich sei.

Mit Recht ist diese Auffassung heute überwiegend abgelehnt. Es entspricht nicht dem geltenden Rechte, daß dem Berechtigten einer Hypothek nur ein bestimmter Wertteil des Grundstücks hafte; vielmehr haftet dieses als Ganzes jedem, auch dem letzten Hypothekar, [7]) und ebenso dem Berechtigten der Eigentümergrundschuld. Erst in der Zwangsvollstreckung ergibt sich, was ein jeder tatsächlich nach seinem Range erhält. Das Gesetz selbst hat die Frage nach der Konstruktion dieses Rechtes offengelassen. Immerhin erklärt § 1177 Abs. I BGB., daß sich die Fremdhypothek in eine Grundschuld verwandelt. Offenbar sollte dadurch gesagt werden, daß die entstehende Eigentümergrundschuld Grundschuld „ist", nicht nur Grundschuld genannt werden soll. [8]) Durch diese Lehre wird auch nicht erklärt, weshalb bei der Veräußerung des Eigentums das Eigentümergrundpfandrecht als unbelastetes Stück Eigentum nicht mit auf den Erwerber übergeht, da es doch Teil des Eigentums sein soll, sondern beim bisherigen Inhaber bleibt.

Endlich müßte diese Lehre, wenn sie konsequent wäre, nicht die Bestellung einer Eigentümergrundschuld als Belastung des Grundstückes ansehen, sondern deren Abtretung, was für die Frage der Einwilligungsbedürftigkeit, z. B. bei der allgemeinen Gütergemeinschaft im Falle des § 1445 BGB., praktisch bedeutungsvoll sein könnte. Es bedürfte also folgerichtig der Ehemann zur Bestellung einer Eigentümergrundschuld an einem Grundstück der allgemeinen Gütergemeinschaft nicht der Einwilligung der Ehefrau, wohl aber zu deren Abtretung. Daß diese und ähnliche Folgerungen nicht gezogen werden, zeigt, wie M. Wolff [9]) mit Recht ausführt, den Unwert dieser Lehre.

Gegen diese Auffassung Obernecks wird von der herrschenden Lehre [10]) der Standpunkt vertreten, daß die Eigentümer-

---

[7]) RGZ. 60, 254.

[8]) Zwar vermag, wie Endemann S. 737 Anm. 8 meint, das Gesetz die Natur der Dinge nicht umzugestalten, immerhin wird diese Gesetzstelle ein Argument gegen die Theorie vom freiwerdenden Eigentum sein können.

[9]) § 147 I, 2.

[10]) RGZ. 70, 357; Gierke § 166, II; v. Tuhr II, 1 S. 81; M. Wolff § 147, I, 3; Planck-Strecker Vorb. 2 e vor § 1113; Diss. Bauer S. 29.

grundschuld eine echte Belastung, ein begrenztes dingliches Recht ist, dessen Besonderheit nur darin besteht, daß Träger des Rechtes und Eigentümer der belasteten Sache identisch sind. Das wäre nicht möglich, wenn der römisch-rechtliche Satz „nemini res sua servit", der über den Bereich der Dienstbarkeit hinaus für alle dinglichen Rechte galt, auch heute noch geltendes Recht wäre. Dieser Satz ist jedoch vom BGB. verworfen. Das zeigt der § 889 BGB., der die Konfusionswirkung im Liegenschaftsrecht ausdrücklich ausschließt. Die Identität von Eigentümer und dem Berechtigten aus der Eigentümergrundschuld steht deren Charakter als begrenztem dinglichen Rechte mithin nicht entgegen. Nun wird immer wieder eingeworfen: wie soll man es sich erklären, daß dem Eigentümer, der doch schon als solcher das höchstmöglichste Herrschaftsrecht über seine Sache hat, noch ein aus diesem Eigentum abgeleitetes Recht zugesprochen wird? Richtig ist zwar, daß die Eigentümergrundschuld als begrenzt dingliches Recht oder — wie v. Tuhr [11]) sagt — als Tochterrecht nicht einen Inhalt haben kann, der nicht schon im Eigentum, im Mutterrecht, enthalten ist. Durch die Eigentümergrundschuld wird nur ein bestimmter Teil dieses Eigentums, das Recht auf eine bestimmte Quote des Erlöses in der Zwangsvollstreckung, objektiv verselbständigt und dadurch in eine durch den Rang geordnete genaue Beziehung zu den anderen Grundstücksbelastungen, Tochterrechten, gebracht. Somit wird es ermöglicht, daß eine bestimmte Befugnis des Eigentümers, wenn sie diesem in der Gestalt eines begrenzten dinglichen Rechtes, eines Tochterrechtes, zusteht, den jüngeren Belastungen der Sache vorgeht, während sonst die aus dem Eigentum abgeleiteten Rechte immer diesem vorgehen und das Eigentum an die letzte Stelle zurückdrängen. [12]) Es ist also nicht richtig, daß der Eigentümer als solcher schon dasselbe hat, wie wenn ihm außerdem noch ein Pfandrecht zusteht, [13]) und daher ist es nicht logisch unmöglich, sondern durchaus begründet, den Doppelbestand und die „Doppelwirkung" von Eigentum und Pfandrecht anzunehmen.

Mit dieser Auffassung vom Wesen der Eigentümergrundschuld steht die von Otto Gierke [14]) in Einklang. Dieser führt aus, daß die Eigentümergrundschuld als subjektives Rechtsverhältnis keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand habe, da dem Eigentümer Befugnisse, wie sie dem Innehaber eines anderen begrenzt dinglichen Rechtes gegen den Eigentümer

[11]) II, 1 S. 75.
[12]) v. Tuhr II, 1 S 79.
[13]) so mit Recht Jacobi, JW. 1930, S. 332 Anmerk.
[14]) § 166, II.

zustehen, nicht gegen sich selbst zustehen können. Trotzdem sei aber der objektive Bestand eines vom Eigentum getrennten besonderen Rechtes am Grundstück gegeben. Nur dadurch wird es auch erklärt, daß eine Verfügung über das Eigentum eine Verfügung über das objektiv verselbständigte Tochterrecht nicht mit umfaßt.

Von dieser Auffassung der Eigentümergrundschuld aus ergibt sich nicht nur, daß diese echtes dingliches Recht, sondern auch, daß diese ein echtes Grundpfandrecht ist, sofern man nur den Begriff des Pfandrechtes weit genug faßt. Das Gesetz hat zwar selbst auf einen gemeinsamen Pfandrechtsbegriff verzichtet, aber seine Aufstellung rechtfertigt sich sowohl aus der geschichtlichen Entwicklung, wie aus der inhaltlichen Verwandtschaft der einzelnen Belastungstypen. Es ist nicht richtig, daß das heutige Pfandrecht noch ein Recht sei, sich durch Verwertung einer fremden Sache Befriedigung für eine Forderung zu schaffen. Dieser Pfandrechtsbegriff des forderungssichernden ius in re aliena ist aus dem römischen Rechte genommen, paßt aber nicht mehr für das heutige Recht, das sowohl ein Pfandrecht an der eigenen Sache, wie ein Pfandrecht ohne eine zugrundeliegende Forderung anerkannt hat.[15])

a) Im Liegenschaftsrecht hat, wie schon erwähnt, jedes dingliche Recht gemäß § 889 BGB. die Möglichkeit, auch an eigener Sache zu bestehen, eine Möglichkeit, die im Pfandrecht durch das Institut der Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek eine weitgehende Ausdehnung erfahren hat. Auch im Fahrnisrecht gilt gemäß § 1256 Abs. II BGB. das Pfandrecht trotz Identität von Eigentümer und Pfandgläubiger als nicht erloschen, sofern der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechtes hat. Hier hat das Gesetz allerdings die Fiktionsform gewählt. („gilt als nicht erloschen") und dadurch eine unbegründete und verwirrende Differenzierung zwischen Liegenschaftsrecht (§ 889 BGB.) und Fahrnisrecht geschaffen. In Wirklichkeit wird man auch im Fahrnisrecht ein echtes Pfandrecht an eigener Sache anzunehmen haben,[16]) da man durch die Konstruktion des Gesetzes nicht gebunden ist.

b) Die Verbindung mit der persönlichen Forderung ist schon im Fahrnispfandrecht nicht mehr ausschließlich geltend; so ist im § 1204 Abs. II BGB. ein Pfandrecht für eine bedingte und eine künftige Forderung anerkannt, also die Möglichkeit eines

---

[15]) Die Abhängigkeit vom römischen Recht liegt allen Auffassungen unausgesprochen oder ausgesprochen (so Goldschmidt, Bürg. A. 20 S. 24) zugrunde, die die Pfandrechtsnatur der Eigentümergrundschuld leugnen.

[16]) Heck § 25, 6.

Bestehens ohne Forderung gegeben. Im Liegenschaftsrecht ist diese Verbindung noch mehr gelockert. Hier hat das Gesetz in der Grundschuld offensichtlich ein von einer Forderung gänzlich unabhängiges Recht geschaffen, (§ 1191 BGB.). Selbst bei der Hypothek, die man allgemein als angelehntes, akzessorisches Recht bezeichnet,[17]) ist infolge der Erweiterung des öffentlichen Glaubens des Grundbuches (§ 1138 BGB.) bei der Verkehrshypothek ein Bestehen ohne Forderung möglich. Wenn jemand, ohne das Nichtbestehen der Forderung zu kennen, rechtsgeschäftlich ein als Hypothek eingetragenes Recht erwirbt, so bekommt er die Hypothek, ohne die persönliche Forderung zu erwerben, d. h. er wird mit der dinglichen Klage gegen den Eigentümer durchdringen und mit der persönlichen Klage gegen den Schuldner abgewiesen werden.[18])

Es ist also nicht richtig, daß unser Grundpfandrecht ein forderungssicherndes Recht an fremder Sache ist; zum mindesten ist es verfehlt, diesen engen, selbst für die Hypothek nur beschränkt geltenden Pfandrechtsbegriff zu bilden und ihn dann durch zahlreiche Ausnahmen völlig zu entwerten.

Das Gemeinsame aller Pfandrechte — auch der Eigentümergrundschuld — zeigt sich in der typischen Verwertung dieser Rechte, in der Zwangsversteigerung bezw. Zwangsverwaltung, oder beim Fahrnispfandrecht in dem gesetzlich geordneten Pfandverkauf. Jedes dieser Rechte gewährt dem Berechtigten — auch dem Eigentümer bei der Eigentümergrundschuld — eine bestimmte Summe aus dem Zwangserlös, je nach der Rangstelle, also an einem ziffernmäßig genau bestimmten Platze.[19]) Der gemeinsame Inhalt, das Wesen der Grundpfandrechte, ist die Belastung eines Grundstücks mit einer daraus zu behebenden Geldsumme.[20]) Diesem, dem heutigen Rechte allein entsprechenden weitem Grundpfandrechtsbegriffe, läßt sich auch die Eigen-

---

[17]) besond. scharf betont von M. Wolff § 132 I, 1.

[18]) Ebendeswegen — so führt M. Wolff § 137 II, 3 aus — sei das dem Erwerber anfallende Recht mangels Forderung keine Hypothek, sondern Grundschuld. Auch diese sachlich bedeutungslose Umnennung kann nicht verschleiern, daß hier das „Abhängigkeitsdogma" zugunsten des Verkehrsschutzes preisgegeben ist. So richtig: Heck § 82, 3 b.

[19]) Jung § 254, S. 989, 990.

[20]) Wolff, § 130, II, 1; Planck-Strecker, Vorbem. vor § 1113. Man kann gegen diese Auffassung nicht mit Bruck S. 151 einwenden, nicht jedes Pfandrecht führe zur Exekution, meistenteils werde diese durch vorher erfolgende Befriedigung durch den Eigentümer abgewendet. Wenn die Durchführung des Rechtes durch ein dem Recht gegenüberstehendes Lösungsrecht abgewendet wird, so besagt das nichts gegen das Wesen dieses Rechtes als eines Rechtes auf Zwangserlös. Es gelingt Bruck auch nicht, von seiner Auffassung aus, einen gemeinsamen Pfandrechtsbegriff aufzustellen, wie später gezeigt wird.

tümergrundschuld zwanglos einordnen. Aus dem Fehlen des Rechts bei der Eigentümergrundschuld selbst die Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu betreiben, darf nichts, wie es häufig, insbesondere von den Vertretern der Oberneckschen Auffassung aus geschehen ist, gegen die Pfandrechtsnatur der Eigentümergrundschuld gefolgert werden; denn diese Vorschrift des § 1197 Abs. I BGB. erklärt sich nicht aus dem Wesen dieses Rechtes, sondern es soll hierdurch nur verhütet werden, daß der Eigentümer durch Ausnutzung einer schlechten Bodenpreiskonjunktur sein Grundstück von den nachgehenden Lasten reinigt, indem er es selbst so billig ersteht, daß diese ausfallen. [21]) Mit Recht weist Jung [22]) darauf hin, daß auch der nachstehende Gläubigerhypothekar die Zwangsversteigerung nicht durchsetzen kann, wenn das geringste Gebot nicht erreicht wird, daß ferner der nichtbesitzende nachstehende Fahrnispfandgläubiger gemäß § 1232 Satz 1 BGB. nicht die Pfandveräußerung betreiben kann, weil er keinen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes gegen den vorstehenden Pfandgläubiger hat. Niemand hat aber bislang daran gezweifelt, daß jene Personen echte Pfandgläubiger sind. Daher steht aus diesem Grunde der Pfandrechtsnatur der Eigentümergrundschuld sicher nichts im Wege.

Es würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, an dieser Stelle auf den Streit der verschiedenen Pfandrechtstheorien einzugehen. Selbst wenn man — wie mir scheint zu Unrecht — die Theorie der Realobligation oder die Gierkesche Auffassung von der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung als richtig unterstellt, so erscheint es unmöglich — und das ist für die folgenden praktischen Ausführungen wichtig — bei der Eigentümergrundschuld irgendeine persönliche Schuld zu konstruieren, wie Bruck es versucht. Dieser führt aus: [23]) „Auch die Eigentümerhypothek und — Grundschuld sind Pfandrechte. Bei beiden besteht Sachhaftung, jedoch nur für eine eventuelle Schuld. Die Befriedigung des Eigentümers erfolgt entweder, weil durch den Wegfall der Vereinigung von Grundstückseigentum und Hypothek (Grundschuld) in einer Hand die Schuld aufgehört hat, eine eventuelle zu sein, oder weil der Grundstückseigentümer einen Wertteil des Grundstücks zurückerhält, der gehaftet hatte, ohne daß es zur Entstehung einer Schuld gekommen ist.“ Es erscheint schon bedenklich, das Wesentliche der Eigentümergrundschuld in dem zu sehen, was sie werden kann, (Fall 1) oder was sie gewesen ist (Fall 2). Das läuft darauf hinaus, daß man sagt: Die Eigentümergrundschuld ist deshalb

[21]) M. Wolff § 146 I, 1.
[22]) Bürg. Recht. S. 990.
[23]) S. 152.

Pfandrecht, weil sie entweder durch Veräußerung des Eigentums Fremdgrundschuld werden kann oder aber einmal Fremdhypothek gewesen ist. Außerdem wird man in dem Falle, wo ein Eigentümer rechtsgeschäftlich eine Eigentümergrundschuld an seinem Grundstücke bestellt, das darauf in die Zwangsversteigerung fällt, doch nicht sagen dürfen, die Befriedigung des Eigentümers in der Zwangsvollstreckung erfolge wegen einer eventuellen Schuld. Wer soll hier Schuldner sein?

Der Inhalt der Eigentümergrundschuld ist vielmehr, wie bei jedem anderen Pfandrecht der, auf einen bestimmten Teil des Zwangserlöses zu greifen.

## B. Die charakteristischen Unterschiede zwischen Fremdgrundpfandrecht und Eigentümergrundpfandrecht.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ergibt sich, daß die Eigentümergrundschuld echte Grundstücksbelastung und zwar, vorausgesetzt, daß ihr eine persönliche Forderung fehlt, auch Grundschuld ist.[24]) Damit sollen die Unterschiede, die zwischen Fremdgrundschuld und Fremdhypothek einerseits und dem Eigentümergrundpfandrecht andererseits bestehen, nicht verkannt werden. Worin liegt nun der charakteristische Unterschied? Dieser läßt sich nicht, wie Hachenburg[25]) es will, dahin formulieren, daß die Eigentümerhypothek eine unvollkommene Hypothek sei, weil ihr der Dritte als Gläubiger fehle. Es fehle — so führt er aus — der Eigentümerhypothek derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolge, kurz das Rechtssubjekt. Diese Theorie von dem Eigentümerpfandrecht als „subjektlosem Rechte" ist abzulehnen. Nichts zwingt dazu, der Eigentümergrundschuld dem Berechtigten abzusprechen und damit ein mit den Grundprinzipien unseres Rechtes in Widerspruch stehendes Recht ohne Berechtigten künstlich zu konstruieren. Berechtigter ist, wie schon der Name „Eigentümergrundschuld" oder „Eigentümerhypothek" ergibt, der Eigentümer.[26]) Das Gesetz sagt deutlich, daß eine Briefhypothek bis zur Briefübergabe dem Eigentümer zustehe. (§ 1163 Abs. II Satz 2 BGB.).[27]) Dadurch wird klar zum Ausdruck gebracht, daß bis zu diesem Zeitpunkte ein Recht des Eigentümers, und nicht, wie Hachenburg meint, ein sich gegen den Eigentümer richtendes Recht ohne Subjekt vorliegt. Oder soll der Eigentümer, wenn er den auf ihn fallenden

---

[24]) So auch RGZ. 55, 378.
[25]) S. 524, in Abhängigkeit von Jhering: Jher. Jahrb. 10, 387 ff.
[26]) Diss. Hemer S. 36.
[27]) Bruck, S. 123.

Erlös in der Zwangsversteigerung liquidiert, über ein ihm garnicht zustehendes Recht verfügen? [28])

Ist somit die Unterscheidung Hachenburgs von vollkommener und unvollkommener Hypothek abzulehnen, so muß doch zugegeben werden, daß dieser Unterscheidung ein richtiger Gesichtspunkt zugrundelag. In der Tat ist das Eigentümergrundpfandrecht, trotz seiner Natur als Grundpfandrecht, dem Fremd- oder Gläubigerpfandrecht gegenüber unvollkommen. Nur durfte diese Unvollkommenheit nicht im Mangel des Rechtssubjektes gefunden werden, sondern diese zeigt sich in dem beschränkteren Inhalt, der anderen Form und vor allem in der verschiedenen Richtung (passiven Seite) des Rechtes, was im folgenden dargestellt werden soll.

a) Es fehlt zunächst gemäß § 1196 Abs. I BGB. dem Berechtigten des Eigentümergrundpfandrechtes das Recht, selbst die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück zu betreiben. Man kann das mit Bauer so ausdrücken, daß das Eigentümerpfandrecht kein Verwertungsrecht wie das gewöhnliche Pfandrecht gewähre, sondern nur ein Recht auf den Zwangserlös, ein Erwerbsrecht. [29]) Von einem Verwertungsrecht wird man nämlich nur dann sprechen können, wenn der Berechtigte auch selbst sein Recht in der dem Rechte typischen Art aktiv verwerten, also hier das Grundstück zur Zwangsvollstreckung bringen darf. Gerade diese Möglichkeit ist dem „Gläubiger" aber genommen; er muß sich begnügen, in der von einem anderen betriebenen Zwangsversteigerung den auf ihn fallenden Erlös zu liquidieren. Das Eigentümergrundpfandrecht ist also insofern gegenüber dem gewöhnlichen Pfandrecht ein Minus, als es nur die Rechtsnatur eines Erwerbsrechtes, nicht die eines Verwertungsrechtes hat.

Ein weiterer Unterschied im Inhalt liegt darin, daß dem Berechtigten der Eigentümergrundschuld — abgesehen von dem Fall der Zwangsverwaltung — keine Zinsen gebühren, (§ 1197 BGB.), weil er normalerweise an Stelle der Zinsen die Einkünfte aus dem Grundstück einziehen kann. Auch insofern ist der Inhalt der Eigentümergrundschuld gegenüber dem der gewöhnlichen Grundschuld und Hypothek ein beschränkter.

b) In der äußeren Form unterscheidet sich die Eigentümergrundschuld in den meisten Fällen von der Fremdgrundschuld und -hypothek. Diese Rechte sind normalerweise im Grundbuch eingetragen, oder der aus diesen Rechten Berechtigte ist durch

---

[28]) M. Wolff § 147, Anm. 7.

[29]) S. 30/31 gegen M. Wolff, der § 147 II ausführt, die Eigentümergrundschuld gewähre ein Verwertungsrecht, das nur an gewisse Voraussetzungen (Betreiben der Zwangsversteigerung durch einen anderen) gebunden sei.

Briefbesitz legitimiert. Das rührt daher, daß diese Rechte (abgesehen von den Fällen der Surrogationshypothek des § 1287 BGB. und der Zwangsvollstreckungshypothek des § 848 ZPO.) durch Rechtsgeschäft entstehen. Dieses Rechtsgeschäft erfordert aber schon als Tatbestandsmerkmal, also als Wirksamkeitserfordernis, die Sichtbarmachung des entstehenden Rechtes durch Bucheintrag oder Briefbesitz. Anders ist es bei der Eigentümergrundschuld. Der weitaus häufigste Fall ihrer Entstehung ist der kraft Gesetzes, indem immer da, wo die Forderung bei der Hypothek nicht, oder noch nicht entstanden ist, die Hypothek insoweit als Grundschuld dem Eigentümer zusteht (§ 1163 Abs. I Satz 1 BGB.), und in den Fällen, wo die Hypothekenforderung erlischt, die Hypothek dem Eigentümer zufällt. (§§ 1163 Abs. I Satz 2. 1177 Abs. I Satz 1 BGB.). Aus dem Grundbuch läßt sich beidesmal nicht ersehen, inwieweit die Post Hypothek oder Eigentümergrundschuld ist. Die nachträgliche Umschreibung trägt nur den Charakter der Grundbuchberichtigung. Es ist also das sonst unser Liegenschaftsrecht beherrschende Prinzip der Offenkundigkeit der Grundstücksrechte durch Bucheintrag (oder wenigstens Briefbesitz) erheblich eingeschränkt, weil bei dem sich automatisch, ohne Wissen und Willen der Beteiligten vollziehenden Entstehen [30]) der Eigentümergrundschuld die äußere Ersichtlichmachung nicht notwendig ist.

c) Ein für die folgenden Darstellungen besonders wichtiger Unterschied liegt endlich in der Tatsache, daß dem Berechtigten der Eigentümergrundschuld kein anderer als Anspruchsgegner gegenübersteht, [31]) was sich daraus erklärt, daß die Eigentümergrundschuld Recht an der eigenen Sache ist. Während bei der gewöhnlichen Grundschuld und Hypothek auch in Bezug auf die dingliche Seite des Rechtes immer einer da ist, demgegenüber etwas verlangt, etwas durchgesetzt werden kann, (nämlich die Duldung der Zwangsvollstreckung, die Entnahme eines Teiles des Zwangserlöses), [32]) fehlt der Eigentümergrundschuld diese passive Seite des Rechtsverhältnisses, ist sie insofern — also in einem ganz anderen Sinne, wie Hachenburg meint — unvollkommen. Das rührt daher, weil es unmöglich ist und auf eine

---

[30]) Heck § 83, 7, der anschaulich von einer Schattenfunktion des Eigentümerpfandrechts spricht. „Wie hinter dem Menschen der Schatten steht, so steht hinter dem Grundpfandrecht das Eigentümerpfand", oder so kann man hinzufügen, geht dem Grundpfand häufig der Schatten des Eigentumspfandes voraus. Vgl. auch § 83, 4.

[31]) anders bei der Eigentümerhypothek im strengen Sinne wegen der persönlichen Forderung.

[32]) Wenn dieser Dritte auch nach richtiger Auffassung nicht Schuldner im eigentl. Sinne ist.

leere Fiktion hinausläuft, dem Eigentümer gegen sich selbst Befugnisse zuzuschreiben. Man kann das mit Otto Gierke so ausdrücken, daß in dem Eigentümergrundpfandrecht nur objektiv ein Teil des Eigentums verselbständigt ist, während als subjektives Rechtsverhältnis die Eigentümergrundschuld keinen dem Eigentum gegenüber selbständigen Bestand hat.[33]) Das Wesen der Eigentümergrundschuld liegt also nicht darin, daß Gläubiger und Schuldner ein und dieselbe Person sind,[34]) sondern darin, daß ein Schuldner, besser Anspruchsgegner, gar nicht vorhanden ist, vielmehr nur ein Berechtigter, dessen Recht gerade darin besteht, durch sein Zugreifen auf einen bestimmten Teil des Erlöses andere von der Berechtigung an seiner Sache auszuschließen, bezw. zurückzudrängen.[35])

In demselben Augenblick, wo der Innehaber der Eigentümergrundschuld in der Zwangsversteigerung auf den entsprechenden Teil des Erlöses zugreift, richtet er sein Recht natürlich gegen jemanden, nämlich gegen die andern bei der Verteilung des Zwangserlöses Interessierten, die insofern zurückstehen müssen. Es steht nun nichts im Wege, diese Personen als künftige Anspruchsgegner der Eigentümergrundschuld zu bezeichnen. Aber in diesem weiten Sinne hat jedes subjektive Recht einen künftigen (eventuellen) Anspruchsgegner, weil es subjektive Rechte im isolierten Dasein des Einzelmenschen nicht geben kann. Auch das Eigentum hat in diesem Sinne einen Anspruchsgegner im künftigen Störer, das Patentrecht im Nachahmer der geschützten Erfindung. Trotzdem fehlt allen diesen Rechten ebenso wie der Eigentümergrundschuld der gegenwärtig dem Rechte Unterworfene, der augenblickliche Anspruchsgegner.

Trotz grundsätzlicher Anerkennung der Pfandrechtsnatur der Eigentümergrundschuld ergibt sich so doch im einzelnen eine wesentliche Verschiedenheit von der gewöhnlichen Grundschuld und Hypothek, und zwar durch den beschränkteren Rechtsin-

---

[33]) § 166 II.

[34]) So Güthe-Triebel, Erl. 131, zu § 19 GBO.

[35]) So mit Recht Stein-Jonas Erl. 6 zu § 857 ZPO. Man kann auch nicht mit Güthe-Triebel Erl. 131 zu § 19 BGO. sagen, daß die Eigentümergrundschuld deswegen in der Person des Eigentümers einen mit dem Berechtigten zusammenfallenden Schuldner habe, weil immer die begriffliche Möglichkeit vorliege, daß dieser Eigentümer infolge Abtretung der Eigentümergrundschuld an einen andern echter Schuldner dieses andern werde, was z. B. beim Urheber- oder Patentrecht nicht zutreffe. Dort würde durch eine Abtretung der Zedent nicht Schuldner oder Duldungsverpflichteter des Zessionars. Diese Unterscheidung ist zwar richtig; aber es ist zu bedenken, daß nach der Abtretung gerade keine Eigentümergrundschuld mehr vorliegt, sondern ein ganz anderes Recht, eine Fremdgrundschuld oder Fremdhypothek. Es zeigt sich also im Gegenteil aus diesem Beispiel gerade, daß eine Eigentümergrundschuld nur solange vorliegen kann, als kein „Schuldner" da ist.

halt, die meistens anderer Entstehungsart und daher äußere Form der Eigentümergrundschuld, und vor allem durch die Tatsache, daß dieser ein Anspruchsgegner fehlt. Man kann bei dem Eigentümerpfandrecht wegen dieses beschränkten Inhaltes mit Heck [36]) bildlich von einem Rechtstorso sprechen, ohne daß damit ein juristisch klarer Begriff gewonnen wäre. Es wird sich daher die Frage erheben, ob bei diesen wesentlichen Unterschieden Fremdgrundschuld und Eigentümergrundschuld im einzelnen gleichbehandelt werden können. Man wird Endemann [37]) voll beistimmen müssen, wenn er ausführt: „Darum ist allerdings die Frage im einzelnen Falle berechtigt, ob eine für die Grundschuld getroffene Anordnung nicht inhaltlich derart an den Tatbestand eines begrenzten dinglichen Rechtes an einer fremden Sache gebunden ist, daß eine Uebertragung auf die Eigentümergrundschuld nach dem Zwecke und Inhalte des Gesetzes als ausgeschlossen erscheint."

Hiermit ist auch ein Ausgangspunkt für den praktischen Teil der Arbeit gewonnen.

---

[36]) Heck § 25, 6 a; § 83, 9 b. Dieser gibt für die Terminologie des Gesetzes, das ein „Rechtstorso" mit der Typenbezeichnung des vollständigen Rechtes benennt, die Parömie: plus est in nomine quam in re.

[37]) Endemann S. 737 Anm. 8.

## II. Teil:

# Die Durchführung der Pfändung der Eigentümergrundschuld nach herrschender Lehre.

Wenn von dieser theoretischen Auffassung über die rechtliche Natur der Eigentümergrundschuld aus die Frage nach deren Pfändung gestellt werden soll, so sei noch einmal vorausgeschickt, daß es sich im folgenden nur um dasjenige Grundpfandrecht handelt, das dem Eigentümer an seinem Grundstück ohne persönliche Forderung zusteht.

Zwei Auffassungen stehen sich in der Literatur und Praxis gegenüber. Die herrschende Meinung [1]) will auf die Pfändung die §§ 857 Abs. VI. 830 ZPO. anwenden. Sie will also die für die Pfändung einer Hypothekenforderung geltenden Vorschriften auf die Pfändung der Eigentümergrundschuld entsprechend anwenden. Demgemäß hält sie den Erlaß eines Pfändungsbeschlusses und außerdem bei Briefgrundschulden die Uebergabe des Hypotheken- (Grundschuld)briefes an den Vollstreckungsgläubiger oder eine auf Grund des Pfändungsbeschlusses erfolgte zwangsweise Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher und bei Buchgrundschulden die Eintragung der Pfändung im Grundbuch für notwendig.

Demgegenüber steht die entgegengesetzte und hier im folgenden vertretene Auffassung, [2]) auf dem Standpunkt, daß für die Pfändung der Eigentümergrundschuld als eines Rechtes ohne Drittschuldner nur der § 857 Abs. II ZPO. maßgebend sein könne und daß es demgemäß einer Ersichtlichmachung der Pfändung durch Bucheintrag oder Briefübergabe zu ihrer Wirksamkeit nicht bedürfe. Die Pfändung sei mit der Zustellung des Gebotes an den Eigentümer, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten (also der Zustellung des Pfändungsbeschlusses), bewirkt.

---

[1]) So: Güthe-Triebel, Erl. 131 zu § 19; Sydow-Busch-Krantz Erl. 11 zu § 857 ZPO; Planck-Strecker Erl. 6 c zu 1177 BGB; RGR.-Komm. Erl. 3 zu § 1163; Biermann Erl. 5 zu § 1163 BGB; P. Mayer S. 265 ff.; RGZ. 55, 378; 56, 13; 56, 184; 59, 313; 61, 376; 70, 279; 97, 223; 120, 112. KGJ. 28, A 133; und die Praxis der meisten Gerichte (Nachweise bei Güthe-Triebel, Erl. 131 zu § 19).

[2]) So: Stein-Jonas Erl. 6 zu § 857 ZPO.; Stein-Juncker § 143 II, 3; Förster-Kann Erl. 5 A zu § 857 ZPO.; Struckmann-Koch zu § 857 ZPO.; Petersen Erl. 5 e zu § 857 ZPO.; Jung S. 990; Oberneck, Gruchot 47, S. 339 ff.; Gruchot 50, 551 ff.; Reichsgrundbuchrecht Bd. II S. 27 ff.; Turnau-Förster Bd. I S. 750; Freudenthal JW. 1904, S. 602; OLG. Celle OLGE. 4, 75.

Bevor die Gründe und Gegengründe der beiden Auffassungen einander gegenübergestellt werden, soll vorerst die im einzelnen äußerst komplizierte Art dargestellt werden, wie die Eigentümergrundschuld nach der herrschenden Auffassung, insbesondere der Praxis des Reichs- und Kammergerichtes, gepfändet wird. Es sei dabei einmal die grundsätzliche Richtigkeit dieser Auffassung vorerst unterstellt.

## A. Die Pfändung bei Buchpfandrechten.

Zunächst sei die Pfändung für den Fall durchgeführt, wo über die zu pfändende Post ein Brief nicht gebildet ist. Einfach vollzieht sich diese Durchführung, wenn der Eigentümer als Berechtigter aus der Eigentümergrundschuld im Grundbuche eingetragen ist, wie es z. B. dann der Fall ist, wenn die Eigentümergrundschuld rechtsgeschäftlich vom Eigentümer bestellt und nicht abgetreten und auch das Grundstück nicht veräußert ist. Hier kann der Vollstreckungsgläubiger auf Grund des erwirkten Pfändungsbeschlusses die Eintragung der Pfändung im Grundbuche erwirken. Dieser Pfändungsbeschluß ersetzt die sonst nach formellem Grundbuchrecht (§ 19 GBO.) erforderliche Eintragungsbewilligung des von der Eintragung Betroffenen, also des Eigentümers.[3]) Es ist noch zu erwähnen, daß es einer Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer nicht bedarf..[4]) Im Gegensatz zur gewöhnlichen Forderungspfändung ist bei der Hypothekenpfändung überhaupt die Zustellung des Pfändungsbeschlusses nicht wesentlich,[5]) wenn auch im allgemeinen wegen der sich an die Zustellung des Pfändungsbeschlusses knüpfenden Wirkung des § 830 Abs. II ZPO. ratsam.

Kompliziert wird die Pfändungsdurchführung erst, wenn im Grundbuch nicht ersichtlich ist, daß die dort eingetragene Hypothek mangels Forderung noch ganz oder teilweise Eigentümergrundschuld ist, oder wieder zu einer solchen geworden ist, zumal wenn der Vollstreckungsgläubiger (wie es meist der Fall sein wird) nicht weiß, in welcher Höhe die eingetragene Post valutiert ist. Der Pfändungsbeschluß selbst wird auch ohne den Nachweis erlassen, ob und in welcher Höhe die als Hypothek eingetragene Post Eigentümergrundschuld, also Vermögensstück des Vollstreckungsschuldners, ist. Der Vollstreckungsrichter darf

---

[3]) KGJ 22, A 172.

[4]) Die erst im § 830 I 1 ZPO. vorgesehenen Worte „und dessen Zustellung" hinter dem Worte „Pfändungsbeschlusse" sind ausdrücklich gestrichen worden.Prot. zum BGB. Bd. III S. 587.

[5]) Stein-Jonas Erl. III zu § 830; J. Goldschmidt: Zivilprozeßrecht § 96 I, b $\beta$; Güthe-Triebel Erl. 130 zu § 19 GBO; Mayer S. 286. Unrichtig: M. Wolff § 146, III, 1 (S. 536 oben).

sich nicht einmal um die wirkliche Rechtslage kümmern, da er nur die Schlüssigkeit, nicht die Wahrheit der Behauptungen des pfändenden Gläubigers zu prüfen hat.[6]) Wenn dieser also behauptet, die Hypothek sei Eigentümergrundschuld des Vollstreckungsschuldners, so hat der Richter einen Pfändungsbeschluß über diese „angebliche" Eigentümergrundschuld des Schuldners zu erlassen. Anders hat der Grundbuchrichter zu handeln. Dieser hat einen Antrag, der dahingeht, einzutragen, daß eine Hypothek, soweit sie Eigentümergrundschuld sei, für den Vollstreckungsgläubiger gepfändet sei, abzulehnen. Mit Recht sind derartige Eintragungen in ständiger Praxis für unzulässig erklärt worden; hierüber herrscht Uebereinstimmung.[7]) Ob sie auch materiellrechtlich — wenn sie ordnungswidrig vorgenommen sind — unwirksam sind, derart, daß sie gemäß § 54 Abs. I Satz 2 GBO. von Amtswegen zu löschen sind, läßt das Reichsgericht[8]) dahingestellt. Die Frage wird ebenfalls zu bejahen sein.[9]) Es widerspricht dem Grundprinzip unseres Grundbuchrechtes von der Klarheit und Eindeutigkeit der Grundbucheintragungen, derart unsichere und nur eventuell geltende Eintragungen zuzulassen. Im Grundbuche können nur klare, fest umrissene Grundstücksrechte eingetragen werden, nicht aber Rechte, bei denen die Entstehung von vornherein in Zweifel gelassen wird. Der Vollstreckungsgläubiger muß also — und zwar gemäß § 29 GBO. durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, z. B. beglaubigte Löschungsbewilligungen — den Nachweis führen, inwieweit die als Hypothek eingetragene Post wirklich Eigentümergrundschuld ist.

Noch ein anderes Bedenken steht der Grundbucheintragung, daß eine Hypothek gepfändet werde, soweit sie Eigentümergrundschuld sei, entgegen. § 40 Abs. I GBO. bestimmt:

> Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn derjenige, dessen Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist.

Von der Eintragung betroffen ist aber das der Pfändung unterliegende Recht: die Eigentümergrundschuld;[10]) denn sie wird mit einem dinglichen Rechte, dem Pfandrechte, belastet. Das Kammergericht vertritt allerdings in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, daß § 40 GBO. den Voreintrag des

---

[6]) Stein-Jonas Erl. II, 3 zu § 829 ZPO.

[7]) KG. in OLGE. 4, 320 und 4, 486; KGJ. 22, A 172; KGJ. 29 A 186; KGJ. 33 A 275.

[8]) RGZ. 120, 112.

[9]) So mit Recht KG. in JFG. 1, 496; zustimmend RGR-Komment. Erl. 3 zu § 1163 BGB. (S. 604 unten).

[10]) So mit Recht Biermann Erl. 2 a $\beta$ zu § 1117.

Eigentümers als Berechtigten der Eigentümergrundschuld nicht erfordere, da sein Recht auf die Eigentümergrundschuld schon aus der Eintragung seines Eigentums am Grundstücke genügend hervorgehe.[11]) Später hat dann das Kammergericht seine Auffassung eingeschränkt und entschieden, daß § 40 GBO. wohl der Eintragung entgegenstehe, die eine Verfügung über eine künftige, noch nicht entstandene Eigentümergrundschuld enthalte.[12])

Diese einschränkende Auslegung des § 40 GBO. durch das Kammergericht ist abzulehnen, da sie weder mit dem Zweck des § 40 GBO. noch mit der richtigen Auffassung von der rechtlichen Natur der Eigentümergrundschuld in Einklang zu bringen ist. Der Zweck des § 40 GBO. ist nach der Denkschrift zur Grundbuchordnung[13]) der, dem Grundbuchbeamten die Legitimationsprüfung zu erleichtern und den eingetragenen Berechtigten vor den Verfügungen anderer zu schützen. Wenn diese Zwecke überhaupt die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO. rechtfertigen können,[14]) dann treffen sie in gleicher Weise bei den Verfügungen über eine nicht eingetragene Eigentümergrundschuld zu wie bei jedem anderen Falle des Auseinandergehens von Buch und Sachstand. Dieser Zwiespalt soll erst durch Richtigstellung des Grundbuches behoben werden, bevor eine neue, das bisher nicht eingetragene Recht betreffende Eintragung erfolgt. Dadurch, daß der angebliche Inhaber der Eigentümergrundschuld als Grundstückseigentümer eingetragen steht, ergibt sich zwar, daß er die nahe Möglichkeit hat, eine eingetragene Hypothek als Eigentümergrundschuld zu erwerben, und es steht nichts im Wege, insofern mit dem Kammergerichte den Eigentümer als einen eventuell eingetragenen Inhaber der Eigentümergrundschuld zu bezeichnen. Aus diesem Eintrag als Eigentümer ergibt sich aber nicht — und das ist für die Anwendung des § 40 GBO., insbesondere für die Legitimations-Prüfung des Grundbuchbeamten das entscheidende — ob und inwieweit die Post w i r k l i c h Eigentümergrundschuld ist. Es muß also die Richtigstellung des Grundbuches erfolgen, bevor die Neueintragung vorgenommen werden kann.[15]) Für die vom Kammer-

---

[11]) KGJ. 20 A 193; 21, A 159; 22 A 172; 28, A, 135.

[12]) KGJ. 45 A. 269.

[13]) Denkschrift S. 48.

[14]) Was de lege ferenda zweifelhaft erscheinen mag.

[15]) So mit Recht RGR.-Komm. Erl. 3 zu § 1163 BGB., Planck-Strecker Erl. 4 a zu § 1177 BGB.; Mayer S. 315 ff.; Biermann Erl. 2 a $\beta$ zu § 1177, der nur dann eine Ausnahme von der Regel des § 40 GBO. machen will, wenn der Eigentümer seine nicht eingetragene Eigentümergrundschuld abtreten will. Darüber ließe sich streiten; der Voreintrag eines Rechtes, das sofort wieder gelöscht wird, erscheint allerdings als überflüssiger und formalistischer Umweg.

gericht vorgenommene Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und künftigen Eigentümergrundschulden fehlt es — bei aller Berechtigung der Unterscheidung für andere Fragen — bei der Anwendung des § 40 GBO. an einem sachlichen Grund. Sieht man aus dem Grunde, weil der Eigentümer stets als eventuell eingetragener Innehaber der Eigentümergrundschuld zu gelten habe, von der Anwendung des § 40 GBO. ab, so ist nicht ersichtlich, wie man eine Ausnahme für die Verfügungen über eine künftige Eigentümergrundschuld begründen will, da auch bei ihnen folgerichtig der Eigentümer als Voreingetragener zu gelten hätte.

Man kann gegen die Anwendung des § 40 GBO. nur ein wenden, [16]) die Eigentümergrundschuld sei in Wirklichkeit keine Grundschuld, sondern ein Stück unbelastetes Eigentum. Dann wird allerdings von der Pfändung nicht die Grundschuld des Eigentümers, (diese ist dann nur eine rein technische Bezeichnung), sondern das freie Eigentum belastet, also von der Eintragung im Sinne des § 40 GBO. betroffen. Das Eigentum des Vollstreckungsschuldners ist aber im Grundbuch eingetragen. Da diese Obernecksche Auffassung des Wesens der Eigentümergrundschuld hier abgelehnt wird, muß man folgerichtig auch § 40 Abs. I GBO. anwenden. Dabei braucht man den § 40 GBO. nicht zu formal zu interpretieren; man wird es mit dem Reichsgerichtsräte-Kommentar [17]) für ausreichend halten müssen, wenn Umschreibungs- und Pfändungsvermerk in einen Eintrag zusammengefaßt werden, etwa in der Form: „diese Post ist durch Zahlung des Eigentümers Eigentümergrundschuld in Höhe von 1000 RM geworden und wird insoweit für X gepfändet."

Wie erhält der Vollstreckungsgläubiger nun die Urkunden, aus denen sich der dem Grundbuchamt zu führende Nachweis ergibt, daß die eingetragene Hypothek ganz oder teilweise Eigentümergrundschuld geworden ist, z. B. die Löschungsbewilligung des Hypothekars, dessen Quittung über die Zahlung der Forderung, dessen Anerkenntnis der Umwandlung der Gläubigerhypothek in eine Eigentümergrundschuld? Aus diesen Urkunden wird sich auch ergeben müssen, von wem die der Hypothek zugrundeliegende Forderung gezahlt ist; wurde die Zahlung z. B. von einem ersatzberechtigten persönlichen Schuldner, von einem Bürgen, von einem ausgleichsberechtigten Gesamtschuldner geleistet, so ging mit der Zahlung die Hypothek auf diese Personen und nicht auf den Eigentümer über. [18]) Daher wird

[16]) So Oberneck, Reichsgrundb. Recht II S. 27 ff.; bei Gruchot 50, S. 579 ff.

[17]) Erl. 3 zu § 1163 BGB.

[18]) KGJ. 28 A. 138.

der Grundbuchbeamte das Vorliegen dieser Möglichkeiten zu prüfen haben. Nur wenn der Vollstreckungsgläubiger auch deren Nichtvorliegen nachweist, kann der Beweis der Entstehung einer Eigentümergrundschuld als geführt angesehen werden.

Falls solche, zur Löschung dienende Beweisurkunden bestehen, können sie einmal — und das wird das gewöhnliche sein — im Besitze des Eigentümers sein, sie können sich aber auch im Besitze eines Dritten, z. B. des Hypothekars, befinden; endlich wäre es möglich, daß sie bei einer Behörde, z. B. beim Grundbuchamte, oder einem Notare sind. Im letzten Falle ist eine klare gesetzliche Regelung getroffen. Hier kann gemäß § 792 ZPO. der Vollstreckungsgläubiger die Erteilung der Urkunde anstelle des Schuldners verlangen. Sind die Urkunden im Besitze des Schuldners und weigert dieser die Herausgabe, so fehlt dem Gläubiger schon die Möglichkeit, ohne Hilfsmaßnahmen deren Herausgabe zu erwirken. Man hat für diesen Fall § 836 Abs. III ZPO. anwenden wollen, [19]) der allerdings eine Befugnis zur zwangsweisen Wegnahme derartiger Urkunden statuiert. Allein es ist im § 836 Abs. III ZPO. ein schon gepfändeter und überwiesener Anspruch vorausgesetzt, während hier die Wegnahme gerade erfolgen soll, um die Pfändung und damit die Ueberweisung eines Rechtes zu erwirken. Auch eine analoge Anwendung des § 830 Abs. I Satz 2 ZPO., [20]) der die zwangsweise Wegnahme des Hypothekenbriefes auf Grund des Pfändungsbeschlusses ermöglicht, scheint auf die hier in Frage kommenden Löschungsurkunden nicht möglich.

Infolgedessen wird der Gläubiger sich zunächst den seinem Schuldner gemäß § 894 BGB. zustehenden Berichtigungsanspruch pfänden und überweisen lassen müssen. Dem Vollstreckungsschuldner steht dieser Anspruch zu, weil er nicht eingetragener Berechtigter der Post, und sein Gegner eingetragener Nichtberechtigter ist. Auch diese Pfändung hat rechtliche Bedenken, da nach richtiger Auffassung der Berichtigungsanspruch nicht selbständig, ohne das Recht, das er schützen soll, abgetreten und daher (§ 851 Abs. I ZPO.) gepfändet werden kann. [21]) Man wird es aber schon aus praktischen Gründen für zulässig halten müssen, daß der Gläubiger sich im Wege der Pfändung die Ermächtigung verschafft, den Berichtigungsanspruch seines Schuldners im eigenen Namen geltend zu machen, da bei dieser Maßnahme auch der wirklich Berechtigte zu der Geltendmachung befugt bleibt, also das Eigentum durch die Pfändung des Berich-

---

[19]) So Oberneck, Gruchot 50, 562.
[20]) So Mayer S. 542.
[21]) M. Wolff, § 46, II und die herrschende Meinung.

tigungsanspruches nicht zu einem nudum ius degradiert wird. [22]) Durch diese Hilfsmaßnahme ist es dem Gläubiger jetzt möglich, gemäß § 836 Abs. III ZPO. ohne eine besondere Klage auf Grund des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses die Herausgabe der Urkunden, die zur Durchführung dieses Anspruches notwendig sind, im Wege der Zwangsvollstreckung zu erzwingen. Da hier die Zwangsvollstreckung zwecks Herausgabe von bestimmten Sachen eingeleitet wird, kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zum Offenbarungseid des § 883 Abs. II ZPO. gezwungen werden.

Sind die Urkunden im Besitze eines Dritten, so sieht man in der Ueberweisung des Berichtigungsanspruches zugleich eine Ueberweisung des Anspruchs des Schuldners auf Herausgabe der Urkunden gegen den Dritten, die dem Schuldner nach bürgerlichem Rechte zustehen (§ 886 ZPO). [23]) Gegen diesen muß also der Vollstreckungsschuldner eventuell im Wege der Klage vorgehen.

In allen Fällen, wo es dem Gläubiger gelingt, durch öffentliche oder durch öffentlich-beglaubigte Urkunden den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuches, nämlich des Entstehens einer Eigentümergrundschuld zu führen, kann er ohne Zustimmung des von der Eintragung betroffenen Hypothekengläubigers die Berichtigung gemäß § 22 Abs. I GBO. — ein Rechtsmittel, das alternativ neben dem Berichtigungsanspruche gegeben ist — erwirken. Das Antragsrecht beim Grundbuchamte ist ihm durch § 14 GBO. verliehen, da er einen vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner hat, auf Grund dessen er eine Eintragung ins Grundbuch verlangen kann. [24]) Gelingt es dem Gläubiger nicht, durch öffentliche Urkunden den Nachweis der Unrichtigkeit des Buches zu führen, sei es, daß keine Urkunden gebildet sind, sei es, daß er deren Herausgabe nicht erwirken kann, wird er sich im Wege der Pfändung ermächtigen lassen müssen, den Berichtigungsanspruch seines Schuldners geltend zu machen, und sodann auf Zustimmung zur Berichtigung gegen den als Hypothekar Eingetragenen klagen müssen. Das vollstreckbare siegreiche Urteil ersetzt gemäß § 894 ZPO. die sonst gemäß

---

[22]) KGJ. 47 A. 147; heute herrsch. Lehre: RGZ. 112, 265. Auch diese Möglichkeit ablehnend Mayer S. 533 im Anschl. an v. Tuhr, Unwiderr. Vollmacht S. 85 ff.

[23]) Sydow-Busch-Krantz Erl. 6 zu § 836 ZPO. RGZ. 21, 364.

[24]) Der Vollstreckungstitel braucht nicht auf die Einräumung eines dinglichen Rechtes zu lauten, um § 14 GBO. anzuwenden; es genügt, daß er auf eine Geldleistung gerichtet ist, wenn nur zur Zwangsvollstreckung in ein nicht eingetragenes Liegenschaftsrecht des Schuldners, wie hier, dessen Eintrag erforderlich ist. Güthe-Triebel, Erl. 20 zu § 14 GBO.

§ 19 GBO. erforderliche Zustimmung des Beklagten zur Eintragung des berechtigten Eigentümers, und zwar in der Form, wie sie das Recht verlangt.[25]) Ist so der Eigentümer als Inhaber der Eigentümergrundschuld eingetragen, vollzieht sich der Eintrag des Pfandrechts auf Grund des Pfändungsbeschlusses.

## B. Die Pfändung bei Briefpfandrechten.

Ist die Eigentümergrundschuld aus einer Briefhypothek hervorgegangen, muß der Vollstreckungsgläubiger nach herrschender Lehre die Herausgabe des Hypothekenbriefes erwirken. Wenn sich der Brief bei seinem Schuldner befindet, kann der Gläubiger die zwangsweise Wegnahme des Briefes gemäß § 830 Abs. I Satz 2 ZPO. im Wege der Zwangsvollstreckung erwirken. Diese Zwangsvollstreckung erfolgt nicht, wie man gemeint hat, auf Grund des vollstreckbaren Urteils, oder des sonstigen Vollstreckungstitels gegen den Schuldner.[26]) Es ist nicht möglich, auf Grund dieses nur auf eine Geldleistung gerichteten Titels die Herausgabe einer ganz bestimmten Sache, die nur die Bedeutung einer Hilfsmaßnahme zur Pfändungsdurchführung hat, zu erwirken, zumal der Hypothekenbrief isoliert garnicht gepfändet werden kann, sondern nur zugleich mit dem Recht, das er verkörpert. Die zwangsweise Wegnahme des Hypothekenbriefes durch den Gerichtsvollzieher erfolgt vielmehr auf Grund des Pfändungsbeschlusses, der daher als Vollstreckungstitel gemäß § 750 Abs. I ZPO. dem Schuldner vor oder gleichzeitig mit der Zwangsvollstreckung zugestellt werden muß.[27]) Mit der Wegnahme des Briefes durch den Gerichtsvollzieher gilt die Pfändung als bewirkt. (§ 830 Abs. I Satz 2 ZPO.). Hat der frühere Hypothekengläubiger trotz des Uebergangs der Hypothek in eine Eigentümergrundschuld noch den Besitz des Briefes, so muß sich der Vollstreckungsgläubiger den Anspruch seines Schuldners auf Herausgabe des Briefes, der diesem als Berechtigtem des Grundpfandrechtes gemäß § 952 BGB. zusteht, pfänden und überweisen lassen. Ein Pfandrecht an der Eigentümergrundschuld aber erwirbt er nicht schon durch diese Ueberweisung des Anspruches, sondern erst dann, wenn er den Besitz des Briefes erlangt, da in § 830 Abs. I Satz 1 ZPO. eine Ueber-

---

[25]) Stein-Jonas Erl. II zu § 894 ZPO.

[26]) So Mayer S. 294 ff.

[27]) So Stein-Jonas Erl. IVS, zu § 830.

gabe des Briefes erfordert wird.[28]) Diese Besitzerlangung kann aber, da der Vollstreckungsgläubiger bei der Weigerung freiwilliger Herausgabe durch den ehemaligen Hypothekar zum Klagewege schreiten muß, lange Zeit dauern.

Schwieriger vollzieht sich — ebenso wie bei der Buchhypothek — die Pfändung dann, wenn die Hypothek nur zum Teil valutiert ist. Hat der Eigentümer den Hypothekengläubiger teilweise befriedigt und ist dadurch die Eigentümergrundschuld entstanden, so gibt § 1145 BGB. dem Eigentümer einen Anspruch gegen den Hypothekar, den Brief zwecks Bildung eines Teilhypothekenbriefes dem Grundbuchamte vorzulegen. Läßt der Vollstreckungsgläubiger sich im Wege der zulässigen Hilfspfändung diesen Anspruch pfänden und überweisen, so wird er mit Aushändigung des über den Teil der Post, der Eigentümergrundschuld ist, gebildeten Briefes Pfandgläubiger.

Ein dem § 1145 BGB. entsprechender Anspruch fehlt jedoch dort, wo eine Forderung zum Teil nicht entstanden ist, also im Falle des § 1163 Abs. I Satz 1 BGB. Hier hat das Reichsgericht[29]) folgenden Weg eingeschlagen, damit der Vollstreckungsgläubiger zum Besitz eines über die Eigentümergrundschuld gebildeten Briefes und damit zu seinem Pfandrechte kommt. Dieser soll sich pfänden und überweisen lassen:

1. das Miteigentum seines Schuldners an dem Hypothekenbriefe, daß diesem gemäß § 952 BGB. zusteht,
2. dessen Anspruch, gemäß § 749 die Aufhebung dieser Gemeinschaft zu verlangen. Die Teilung der Gemeinschaft werde gemäß § 752 BGB. in Natur vollzogen, in dem gemäß § 1152 BGB. für jeden Teil ein Teilhypothekenbrief gebildet werde.

Der Gläubiger soll sich ferner pfänden und überweisen lassen:

3. den Anspruch seines Schuldners gegen den Scheinhypothekar auf Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB.) und in Verbindung damit
4. den Anspruch des Schuldners gegen den Scheinhypothekar auf Vorlegung des Hypothekenbriefes beim Grundbuchamt (§ 896 BGB.), damit dieses dann den Teilhypothekenbrief bildet.

---

[28]) Selbst wenn man — wie mir scheint zu Unrecht — der Ansicht ist, daß dem Erfordernis der Uebergabe durch Erlangung des mittelbaren Besitzes genügt sei (so KG. in OLGE. 15, 12; richtig Oberneck Gruch. 50, 570 ff.), ist diese Ueberweisung nicht genügend. Sie könnte, da der Herausgabeanspruch keinen fixen Geldwert hat, nur zur Einziehung erfolgen und daher keinesfalls mittelbaren Besitz übertragen, da § 870 BGB. eine vollwirksame Abtretung des besitzmittelnden Herausgabeanspruchs erfordert. RGZ. 63, 218.

[29]) RGZ. 59, 316.

Erst nachdem es dem Gläubiger gelungen ist, mit Hilfe der Pfändungen und Ueberweisungen aller dieser Ansprüche in den Besitz eines über die Eigentümergrundschuld vom Grundbuchamte gebildeten Briefes zu kommen, kann er — wenn überhaupt der Nachweis möglich ist, in welcher Höhe die Post Eigentümergrundschuld ist, — zum Erwerb des Pfandrechtes und damit zur Realisierung der Zwangsvollstreckung kommen. Dieser Weg des Reichsgerichtes ist zwar rechtlich bedenkenfrei; aber die Langsamkeit und Komplizierung einer solchen Zwangsvollstreckung liegt auf der Hand.

## C. Sonderfälle.

In zwei Fällen, die praktisch sehr wichtig sind, erscheint vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus eine Pfändung der Eigentümergrundschuld überhaupt nicht durchführbar.

### 1. Die Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld.

Es handelt sich zunächst um den Fall der künftigen, also dem Eigentümer noch nicht angefallenen Eigentümergrundschuld. Wenn für einen Gläubiger auf einem Grundstücke eine Hypothek eingetragen steht, so besteht für den Eigentümer immer die nahe Möglichkeit, diese Hypothek als Grundschuld ganz oder zum Teil zu erwerben, sei es, daß er selbst die Schuld zahlt, oder daß ein Dritter, der keinen Ausgleichsanspruch gegen ihn hat, die Leistung bewirkt, oder auch, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet. In allen diesen Fällen wird es dem Vollstreckungsgläubiger daran gelegen sein, sofort bei Entstehen der Eigentümergrundschuld ein Pfandrecht an dieser und damit ein sicheres Vollstreckungsobjekt zu erwerben.

Es würde im Rahmen dieser Arbeit zu weit führen, die Frage eingehend zu erörtern, ob überhaupt künftige Rechte abtretbar und pfändbar sind. M. E. ist diese Frage mit der heute herrschenden Meinung [30]) zu bejahen. Wenn § 185 Abs. II BGB. die Möglichkeit gewährt, selbst über fremde Rechte bei späterem Erwerb des Verfügenden wirksam zu verfügen, so wird man erst recht eine Verfügung über ein künftig dem Verfügenden anfallendes Recht, das noch nicht entstanden ist, für möglich halten müssen, [31]) zumal wenn der Grund zu dem künftigen Rechte,

---

[30]) u. a. Enneccerus-Lehmann § 79 II, 2; Leonhard S. 655 ff.

[31]) Enneccerus-Lehmann Anm. 14 zu § 79. Dort wird mit Recht gesagt: Weshalb ich zwar über eine fremde Darlehensforderung für den Fall daß ich sie später erwerben sollte, nicht aber über die von mir selbst durch Darlehnshingabe zu begründende Forderung sollte verfügen können, ist vollends nicht einzusehen.

wie hier bei der Verwandlung von Hypothek in Eigentümergrundschuld, schon gelegt ist. Natürlich kann die Wirkung einer solchen Verfügung erst vom Zeitpunkt der Entstehung des Rechtes datieren. Nimmt man aber mit dem Reichsgericht [32]) die Abtretbarkeit künftiger Rechte an, wird man gemäß § 851 Abs. I ZPO. auch ihre Pfändung für zulässig halten müssen.[33]) Trotzdem scheitert die Durchführung der Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld, da es nicht möglich erscheint, diese Pfändung ins Grundbuch einzutragen.

Zunächst steht wieder § 40 GBO. entgegen, hier sogar selbst nach der weiten Auslegung dieser Bestimmung durch das Kammergericht. Es ist dem Vollstreckungsgläubiger nicht möglich, den Voreintrag des Eigentümers als des eventuell Berechtigten aus der Post zu erwirken. Das Grundbuch ist richtig, und der Hypothekar hat gar keine Veranlassung, eine Umschreibung der Post auf den Eigentümer zum Zwecke der Pfändungsdurchführung zuzustimmen. Auch widerspricht es dem Prinzip der Klarheit und Uebersichtlichkeit unseres Grundbuchsystems, die Eintragung derartiger Verfügungen über ein künftig vielleicht entstehendes Recht zuzulassen. Das würde eine große Verwirrung mit sich bringen. Das Reichsgericht zieht mit Recht das Beispiel des Nacherben heran, dem es auch verwehrt sein muß, die Verfügungen über die Liegenschaften seiner demnächst eintretenden Nacherbschaft im Grundbuche eintragen zu lassen. [34])

Merkwürdigerweise läßt es das Reichsgericht aber in seiner Entscheidung dahingestellt, ob nicht die Pfändung einer künftigen Eigentümergrundschuld, dieser bloßen Anwartschaft auf den Erwerb einer Eigentümergrundschuld, gemäß § 857 Abs. II ZPO., also ohne Grundbucheintrag, zu erfolgen hat. [35]) Das soll hier sicher — vom Standpunkt der Gegenmeinung aus ist es ja ohne Zweifel — bejaht werden. Nur erscheint es nicht möglich, dieses Ergebnis vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus zu gewinnen, da die Verfügung und damit die Pfändung über ein Anwartschaftsrecht auf ein Recht oder über ein künftiges Recht sich nicht in anderen Formen vollziehen kann, wie die Verfügung über das Recht selbst. [36]) Hier eine Differenzierung in den Formen der Verfügung zu schaffen, wäre nur möglich, wenn das Anwartschaftsrecht als eigenes dingliches Recht aner-

---

[32]) RGZ. 92, 239 und die dort angeführten Entsch.

[33]) herrschende Meinung: Sydow-Busch-Krantz Erl. 1 zu § 851 ZPO; RGZ. 82. 227; abweichend allerdings Stein-Jonas Erl. 1 a zu § 829 ZPO.

[34]) RGZ. 61, 374 mit eingehender Begründung.

[35]) RGZ. 61, 376.

[36]) Vgl. hierzu Brandis JW. 1931, S. 505 ff.; v. Tuhr I, S. 224. P. Mayer nennt die Pfändung mit Recht eine antizipierte Pfändung des Vollrechtes. (S. 559).

kannt und damit eigenen Regeln auch hinsichtlich der Uebertragung unterstellt wäre. Das ist aber nicht der Fall.

Die herrschende Meinung kann also die Pfändung der künftigen Eigentümergrundschuld nicht durchführen. [37])

## 2. Die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld bei der Höchsthypothek.

Ein anderes, praktisch noch wichtigeres Beispiel gibt die Pfändung der vorläufigen Eigentümergrundschuld, die sich bei der noch nicht valutierten Höchsthypothek, also im Falle des § 1190 BGB., findet. Im geschäftlichen Leben werden diese Sicherungshypotheken zum Höchstbetrag in der Regel nicht voll ausgezahlt, sondern es wird absichtlich ein ziemlich hoher Betrag als Höchstgrenze eingetragen, um auch das äußerstenfalls eintretende Saldo des Schuldners aus dem Geschäfts- (meist Kontokorrent) -verkehr für den Gläubiger dinglich zu sichern. Die rechtliche Konstruktion dieses von der persönlichen Forderung freien Teiles der Post ist verschieden. Früher nahm man überwiegend an, daß der Gläubiger eine Hypothek in Höhe des vollen, im Grundbuch eingetragenen Höchstbetrages habe. [38]) Erst nach der endgültigen Abrechnung zwischen Gläubiger und Schuldner sollte es sich entscheiden, inwieweit die Post Gläubigerhypothek und inwieweit sie Eigentümergrundschuld sei. Bis dahin sollte der Eigentümer kein dingliches Pfandrecht am Grundstück, sondern nur eine Anwartschaft auf den Erwerb eines solchen haben. Von dieser Auffassung her ist das Problem der Pfändungsdurchführung genau dasselbe wie bei der künftigen Eigentümergrundschuld. Die Durchführung ist also nach herrschender Lehre unmöglich. [39])

Diese Auffassung über die rechtliche Natur der Höchstbetragshypothek ist jedoch neuerdings mit Recht — auch vom Reichsgericht, das sie bisher vertreten hatte — abgelehnt, da sie mit § 1163 Abs. I Satz 1 BGB. in Widerspruch steht. [40]) Solange die Hypothek nicht voll valutiert ist, also eine Forderung nicht vorliegt, steht sie insoweit wie jede andere Hypothek dem Eigentümer als Eigentümergrundschuld zu. Nur wird diese Eigentümergrundschuld durch die weitere Entstehung der dem Forderungskreis der Hypothek unterliegenden Forderungen in eine Gläubigerhypothek verwandelt. Sie ist also vor der end-

---

[37]) Wie auch allgemein zugegeben wird. KGJ. 33 A 274; OLGE. 22, 380; Planck-Strecker, Erl. 4 b zu § 1177 BGB; Güthe-Triebel Erl. 14 zu § 40 GBO. Mayer S. 560.

[38]) RGZ. 51, 117; 56, 325; 61, 41.

[39]) Von diesem Standpunkt geht die Entsch. RG. Z. 61, 375 aus.

[40]) RGZ. 75, 250; 97, 226. M. Wolff § 153, III.

gültigen Abrechnung zwischen Gläubiger und Schuldner auflösend bedingt durch das Entstehen weiterer Forderungen. Eine Verfügung und damit eine Pfändung dieses resolutiv bedingten Rechtes ist natürlich wie über jedes bedingte Recht an sich möglich. Nur darf dem Hypothekengläubiger nicht die Möglichkeit genommen werden, durch weitere Zahlungen die Hypothek trotz der geschehenen Verfügung zu erwerben. Dieser Schwebezustand wird in § 161 BGB. ausdrücklich geregelt.

Wiederum kann sich nur fragen, ob die Pfändung dieser vorläufigen Eigentümergrundschuld im Grundbuche eintragbar ist. Diese Frage ist wiederum zu verneinen.

Es wäre zunächst erforderlich, daß der von der Eintragung des Pfandrechtes betroffene Eigentümer als Inhaber der Eigentümergrundschuld eingetragen würde. Das Reichsgericht verneint mit Recht die Möglichkeit dieser Eintragung, selbst wenn der Nachweis erbracht wird, in welcher Höhe die Post wirklich nicht valutiert, also Eigentümergrundschuld ist.[41]) Es sagt: „Indem das Gesetz die Bestellung einer Hypothek für eine künftige Forderung vorsieht und mit der Eintragung des Vermerks dieser Hypothek eine durch die Entstehung der Forderung auflösend bedingte Eigentümergrundschuld ins Leben treten läßt, bringt es gleichzeitig zum Ausdruck, daß während des Schwebens der Bedingung die Eigentümergrundschuld im Grundbuche nicht zur Darstellung zu kommen hat.“ Es wird dann in der Entscheidung noch auf den § 40 GBO. verwiesen.

Dieser Entscheidung des Reichsgerichts wird beizupflichten sein. Man wird zwar grundsätzlich von dem Hypothekar die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuches, also zur Eintragung der Eigentümergrundschuld fordern können, sofern bei dieser Eintragung die Rechtsnatur der Eigentümergrundschuld als auflösend bedingte gekennzeichnet würde. Dann bestände für den als Hypothekar Eingetragenen nicht die Möglichkeit, dieser Umschreibung aus dem Kausalverhältnis mit dem Eigentümer (Schuldner) heraus die Zustimmung zu versagen.[42]) Denn durch diese Eintragung würde der Hypothekar nicht berührt, da er bei weiterer Valutierung trotzdem die Hypothek gemäß § 161 BGB. erwerben würde und ihm auch Gefahren aus dem öffentlichen Glauben des Grundbuches nicht entstehen könnten. Allein es fehlt die Möglichkeit der Eintragung der vorläufigen Eigentümergrundschuld neben der Eintragung der Höchstbetragshypothek, da die nur vorläufige Eigentümergrundschuld

---

[41]) RGZ. 75, 250; ebenso Planck-Strecker, Erl. 4 c zu § 1177 BGB; dagegen aber RGR.-Komm. Erl. 3 zu § 1163 BGB. (S. 605 unten).

[42]) So M. Wolff § 153 III.

nicht als besonderes Rechtsinstitut vom Gesetze anerkannt ist,[43]) und grundbuchrechtlich keine Möglichkeit gegeben ist, nebeneinander im Grundbuch zwei korrespondierende dingliche Rechte — eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld und eine aufschiebend bedingte Sicherungshypothek — einzutragen. Eine gewöhnliche Eigentümergrundschuld — ohne Kennzeichnung ihrer Natur als resolutiv bedingter — kann aber sicher nicht im Grundbuch eingetragen werden. Einmal widerspricht diese Eintragung dem Prinzip der grundsätzlichen Uebereinstimmung von Buch- und Sachbestand im Grundbuch. Es würde nämlich ein Recht eingetragen, das im Verkehr als endgültiges, unbedingtes gelten würde, während es in Wahrheit durch Leistungen eines anderen jederzeit Hypothek dieses anderen werden kann. Ferner wird der Hypothekengläubiger mit Recht sich weigern, die Zustimmung zur Eintragung des Eigentümers als Innehabers der Eigentümergrundschuld zu geben. Zwar ist das Grundbuch unrichtig und daher der Grundbuchberichtigungsanspruch an sich gegen den Hypothekar gegeben. Allein dieser wird aus dem Kausalverhältnis zwischen ihm und dem Eigentümer, das ihm ein Recht auf den Hypothekenerwerb durch weitere Valutierung gibt, die Berichtigungszustimmung verweigern können; denn durch diese Berichtigung kann er geschädigt werden, da sein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb einer Hypothek gefährdet werden könnte.[44])

Mit der Unzulässigkeit, die Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek im Grundbuche einzutragen, ergibt sich von selbst — das stellt § 40 GBO. noch klar — die Unmöglichkeit, deren Pfändung im Grundbuche kenntlich zu machen.

---

[43]) So mit Recht Mayer S. 531.

[44]) Das bestreitet Mayer S. 527 Anm. 97 gegen M. Wolff, § 153 III, weil der Hypothekar durch die Umschreibung nicht beeinträchtigt werde. Das ist unzutreffend. Der Inhaber der Eigentümergrundschuld könnte rechtsgeschäftlich über diese, die nicht als bedingte kenntlich gemacht ist, (was auch Mayer nicht für möglich hält), verfügen und somit die Rechte des Hypothekars vereiteln.

## III. Teil:

# Kritik der herrschenden Lehre und Begründung der Anwendung des § 857 Abs. II ZPO. für die Pfändung der Eigentümergrundschuld.

Die Art, wie nach der herrschenden Auffassung die Pfändung der Eigentümergrundschuld durchgeführt werden soll, ist also, wie die absichtlich ausführlich geschilderte Durchführung zeigen sollte, eine äußerst komplizierte und umständliche. In den meisten Fällen wird es dem Vollstreckungsgläubiger nicht gelingen, ohne Umwege zum Eintrage des Pfandrechtes im Grundbuche oder zum Besitze des über die Post gebildeten Briefes und damit zum Erwerb des Pfandrechtes zu kommen. Zudem enthält die Durchführung der erforderlichen Hilfsmittel, wie gezeigt, im einzelnen erhebliche rechtliche Bedenken und tatsächliche Schwierigkeiten. In vielen und praktisch wichtigen Fällen ist die herrschende Auffassung genötigt, festzustellen: die Pfändung dieser Eigentümergrundschuld wäre zwar an sich möglich, aber die Durchführung läßt sich wegen grundbuchrechtlicher Schwierigkeiten nicht ermöglichen.

Nun ist zuzugeben, daß die außerordentliche, von der Praxis zugegebene Erschwerung der Pfändung der Eigentümergrundschuld nicht allein entscheidend sein darf für die Lösung der hier gestellten Frage.[1]) Allein die Tatsache der langsamen und verwickelten Pfändungsdurchführung bzw. deren gänzliche Unmöglichkeit ist immerhin dazu angetan, einen Zweifel an der Richtigkeit des hier beschrittenen Weges aufkommen zu lassen und wird sicherlich ein Argument gegen die Richtigkeit der herrschenden Meinung bilden.

Nun zu der eigentlichen Streitfrage. Sedes materiae ist der § 857 ZPO.

§ 857 Abs. VI ZPO. besagt:

„Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, eine Grundschuld oder Rentenschuld, finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung."

Wir haben gesehen, daß die Eigentümergrundschuld sowohl vom Gesetze Grundschuld genannt wird, als auch ihrem Wesen

---

[1]) RGZ. 55, 380; 59, 318; OLG. Kolmar in OLGE. 6, 134.

nach Grundschuld, wenn auch eine solche unvollkommener Art, ist. Also, so scheint es, wäre § 857 Abs. VI und damit § 830 ZPO. entsprechend auch für die Eigentümergrundschuld anzuwenden. Hier liegt das immer wieder angeführte Hauptargument der herrschenden Meinung.[2]) Man hat dieser Folgerung dadurch zu entgehen versucht, daß man gesagt hat, die Eigentümergrundschuld sei in Wahrheit keine Grundschuld, sondern ein Stück unbelastetes Eigentum, das rein äußerlich in die Form der Grundschuld gebracht sei, um in der Reihe der Pfandstellen ein klares Bild für die Erlösverteilung in der Zwangsvollstreckung zu gewinnen,[3]) oder eine bloße Denkform für das Recht des Eigentümers, Dritte von der Berechtigung an seiner eigenen Sache auszuschließen, bzw. zurückzudrängen.[4]) Wenn man so die Grundschuldnatur der Eigentümergrundschuld leugnete, erschien es allerdings leicht, der Anwendung des § 857 Abs. VI ZPO. zu entgehen, obwohl auch damit noch nicht gesagt war, ob nicht das Gesetz, das dieses „unbelastete Stück Eigentum" nun einmal Grundschuld nennt, es damit auch deren Regeln unterstellt. Aber, wie oben gezeigt ist, ist die theoretische Auffassung dieser Vertreter nicht zu halten und heute überwiegend abgelehnt. In der engen Verquickung mit dieser Oberneckschen Auffassung liegt zugleich die immer wieder angegriffene Schwäche der bislang gegebenen Begründungen der Gegenmeinung,[5]) also der Anwendung des § 857 Abs. II ZPO. Hieran mag es auch gelegen haben, daß mit dem Abflauen der Theorie von der Eigentümergrundschuld als unbelastetem Eigentum die Stimmen für die Nichtanwendung der §§ 857 Abs. VI 830 ZPO. seltener geworden sind. Hier soll mit der herrschenden Meinung davon ausgegangen werden, daß die Eigentümergrundschuld Grundschuld ist.

Nun findet sich in dem erwähnten § 857 ZPO. noch eine andere Bestimmung, die eben so wörtlich für die Eigentümergrundschuld anwendbar scheint. § 857 Abs. II ZPO. besagt:

> „Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist."

Der Eigentümergrundschuld fehlt nun der Drittschuldner.[6])

---

[2]) RGZ. 55, 379; OLG. Stuttgart, Recht 06, 943, Nr. 2288; OLG. Dresden in OLGE. 7, 315.

[3]) So die Theorie Obernecks und der dieser nahestehenden Vertreter.

[4]) Stein-Jonas Erl. 5 zu § 857 ZPO.

[5]) Die eingehend eigentlich nur von Oberneck gegeben wurde. Vgl. Oberneck in Gruch. 47, 339.

[6]) OLG. Celle in OLGE. 4, 74; OLG. Dresden in OLGE. 7, 315; unrichtig: Güthe-Triebel Erl. 131 zu § 19 GBO.

Wir haben gesehen, daß es gerade ein charakteristischer Unterschied der Eigentümergrundschuld von der gewöhnlichen Hypothek und Grundschuld ist, daß dem Berechtigten dort kein anderer gegenübersteht, demgegenüber er das Recht aus der Post ausüben darf, der ihm dinglich einen Betrag „schuldet".

Dem widerspricht nicht, daß auch die Eigentumsgrundschuld künftige Anspruchsgegner in den bei der Verteilung des Zwangserlöses interessierten Personen hat.[7]) Aber diese Personen sind weder gegenwärtig Schuldende noch Haftende — daher nicht Drittschuldner. Auch der Nachahmer einer durch Patent geschützten Erfindung ist Anspruchsgegner des Patentberechtigten; trotzdem ist zweifellos das Patentrecht ein Recht ohne Drittschuldner im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechtes. Es ist mithin einerseits unmöglich, diese künftigen Anspruchsgegner als Drittschuldner der Eigentümergrundschuld zu bezeichnen, weil sonst jedes Recht einen Drittschuldner hätte, andererseits ebenso sinnlos, weil leere Fiktion, im Eigentümer den mit dem Schuldner zusammenfallenden Drittschuldner zu sehen.[8])

Es wird für die Auslegung dieser sich zu widersprechen scheinenden Normen darauf ankommen, sie in die rechte Beziehung zu setzen. Die Gesetzesmaterialien geben hierfür wenig Anhalt. § 857 Abs. VI ZPO. ist bei Erlaß des BGB. der Zivilprozeßordnung eingefügt. Er war ursprünglich als Art. 11 im Entwurf eines Einführungsgesetzes zum BGB. enthalten und hieß in dieser Fassung:

> „Auf die Zwangsvollstreckung in eine Reallast, Grundschuld, Eigentümerhypothek oder Rentenschuld finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in eine Forderung, für welche eine Hypothek besteht, entsprechende Anwendung."[9])

Hierdurch wäre eine ausdrückliche Regelung über die Pfändung des Eigentümergrundpfandrechtes getroffen worden. Dann aber ist gerade das Wort „Eigentümerhypothek" gestrichen worden, und in dieser Fassung die Bestimmung als § 857 Abs. VI der ZPO. eingefügt, ohne daß diese Streichung in den Materialien begründet ist. Man kann einerseits annehmen, daß die Eigentümergrundschuld nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dem § 857 Abs. VI ZPO. unterstehe, also nach der Bestimmung des § 857 Abs. II ZPO. gepfändet werden sollte. Man könnte aber auch die Streichung dahin auslegen, daß der Gesetzgeber die Frage, wohin die Eigentümergrundschuld ihrer rechtlichen

---

[7]) hierzu und zum folgenden: S. 13 dieser Arbeit.

[8]) wie Güthe-Triebel Erl. 131 zu § 19 GBO. es will; dagegen S. 13 Anm. 35 dieser Arbeit.

[9]) Prot. d. 2. Komm. Bd. VI, 727; vgl. auch Mayer S. 266 ff.

Natur nach zu rechnen sei, der Wissenschaft überlassen und deswegen jede Festlegung vermeiden sollte. Sicher ist nur, daß die Gesetzesmaterialien nicht gegen unsere Auffassung angeführt werden können.

Man wird also bei der Auslegung vom Gesetze selbst auszugehen haben, und zwar vom Absatz 1 des § 857 ZPO., der den Grundgedanken für die nachfolgenden Bestimmungen angibt. Es sollen hiernach für die Pfändung in Vermögensrechte, die nicht Forderungen sind, die vorstehenden (für Forderungen geltenden) Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, also die §§ 828/856 ZPO. Nun ist aber die entsprechende Anwendung da nicht möglich, wo eine dem Drittschuldner bei der Forderungspfändung entsprechende Person fehlt, der der Pfändungsbeschluß (das Arrestatorium) zugestellt werden könnte, z. B. beim Urheber- oder Patentrecht. Deswegen wird für diese Rechte ohne Drittschuldner gleich die Ausnahme im Abs. II gemacht und für sie von der garnicht möglich scheinenden entsprechenden Anwendung der §§ 828/856 ZPO. abgesehen und eine andere Pfändungsart normiert. Wenn man sich bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld nur nach § 857 Abs. I und Abs. II zu richten hätte, ergäbe sich klar und eindeutig die Anwendung des Abs. II. Das wird von P. Mayer, der die eingehendste Begründung der herrschenden Meinung gibt, bestritten. [10]) Dieser meint, mit dem Fehlen des Drittschuldners in § 857 Abs. II ZPO. würde nur die obligationenrechtliche, nicht aber die sachenrechtliche Seite der Zwangsvollstreckung betroffen, so daß § 857 Abs.II ZPO. bei der Eigentümergrundschuld, da diese ein dingliches Recht an einem Grundstück sei, auch beim Fehlen des § 857 Abs. VI ZPO. nicht anwendbar sei. Für diese Unterscheidung fehlt es an jedem Anhalte im Gesetz. § 857 Abs. II ZPO. findet nicht nur auf die obligationenrechtliche Seite der Zwangsvollstreckung Anwendung, zumal es eine solche Seite bei den hier hauptsächlich getroffenen absoluten Rechten garnicht gibt, sondern auf die Zwangsvollstreckung eines jeden Rechts ohne Drittschuldner. Man kann die Pfändung, die ein einheitlicher staatlicher Rechtsakt ist, nicht in ein obligationenrechtliches und ein sachenrechtliches Element zerlegen, zumal nicht bei der Eigentümergrundschuld, die gar keine obligationenrechtliche Seite hat. Somit hätte ohne § 857 Abs. VI ZPO. auf die Pfändung der Eigentümergrundschuld nur der § 857 Abs. II Anwendung zu finden.

In welchem Verhältnis stehen nun die §§ 857 Abs. II und 857 VI zu einander? Sicher nicht in dem der lex generalis zur lex specialis. [11]) Wäre das zutreffend, müßte man allerdings

[10]) S. 274, 275.

[11]) So OLG. Kolmar in OLGE. 6, 134; vor allem Mayer S. 275.

§ 857 Abs. VI für die Eigentümergrundschuld anwenden. Aber man kann doch nur dann von einer lex specialis sprechen, wenn ohne diese lex specialis die lex generalis auf den gesetzlich geregelten Tatbestand Anwendung zu finden hätte. Die im Abs. VI angeführten Rechte — Reallasten, Grund- und Rentenschulden — sind normalerweise aber Rechte, bei denen ein Drittschuldner vorhanden ist. Dabei ist Drittschuldner nicht in dem engen Sinne „ein durch Obligation Verbundener" zu verstehen,[12]) sonst hätten nur Forderungen einen Drittschuldner und der § 857 könnte daher überhaupt nur Rechte ohne Drittschuldner treffen, was offensichtlich nicht der Fall ist. Unter Drittschuldner ist im Zwangsvollstreckungsrecht ein Rechtssubjekt zu verstehen, demgegenüber der Vollstreckungsschuldner Rechte ausüben darf, der diesem gegenüber irgendwie gebunden ist, sei es persönlich (schuldrechtlich), sei es dinglich (sachenrechtlich). Das Gesetz braucht aus Gründen terminologischer Erleichterung häufig Ausdrücke aus dem strengen Schuldrecht für andersgeartete Rechtsverhältnisse.[13]) Obwohl also Reallasten, Grund- und Rentenschulden sicher keine Forderungen sind, sind sie doch Rechte mit Drittschuldnern im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechtes. Damit entfällt aber die Möglichkeit, den § 857 Abs. VI als lex specialis zu § 857 Abs. II anzusehen, da beide Vorschriften die Zwangsvollstreckung von grundsätzlich verschiedenen Rechten regeln.

Bei rein formaler und wörtlicher Interpretation wäre mithin für die Pfändung der Eigentümergrundschuld sowohl Abs. II wie Abs. VI des § 857 anzuwenden. Das ist natürlich unmöglich, da die beiden Pfändungswege sich widersprechen.[14]) Der Gesetzeswortlaut läßt also die Frage offen, welche Norm anzuwenden ist. Diese Lücke des Gesetzes kann nur dadurch ausgefüllt werden, daß die Entscheidung zugunsten der Pfändungsart zu fällen ist, die der rechtlichen Eigenart der Eigentümergrundschuld am angemessensten ist und den Bedürfnissen der Praxis am meisten entspricht. Und hier fällt die Antwort unschwer für die Anwendung des § 857 Abs. II aus.

Der § 857 Abs. II regelt selbst die Art der Zwangsvollstrekkung, der § 857 Abs. VI schreibt die entsprechende Anwendung von Vorschriften, die an sich für ein anderes Recht — die Hypothekenforderung — gelten, vor. Man kann aber nur dann eine Norm auf einen anderen Tatbestand „entsprechend" an-

---

[12]) Sydow-Busch-Krantz Erl. 2 zu § 857 ZPO.

[13]) Nachweise bei M. Wolff § 131, III.

[14]) Staudinger-Kober Erl. IV, 1 zu § 1163 BGB führt in der Tat beide Pfändungsarten als richtig an! Im übrigen sind seine Ausführungen unklar und widerspruchsvoll.

wenden, wenn dieser Tatbestand mit dem in der Hauptnorm geregelten Tatbestand eine gewisse Rechtsähnlichkeit aufweist, wenn eine „Entsprechung" vorliegt. [15])

Eine entsprechende Anwendung des § 830 ZPO. würde dann für die Eigentümergrundschuld vorzunehmen sein, wenn die für die Zwangsvollstreckung in Hypothekenforderungen geltenden Vorschriften sich so anwenden ließen, daß sie auch der besonderen Eigenart der Eigentümergrundschuld, die, wie gezeigt, sich von der Fremdhypothek wesentlich unterscheidet, angemessen wäre. Gerade das ist aber nicht der Fall. Selbst wenn man von allen konstruktiven Bedenken absieht, [16]) so muß schon die Praxis der Pfändungsdurchführung über § 830 ZPO. zeigen, wie schwer, unbeholfen, und oft unmöglich diese „entsprechende" Anwendung ist. Das erscheint umso bedenklicher, da gerade die Zwangsvollstreckung eine schnelle und sichere Realisierung erfordert. [17])

Die Hypothek ist ein Recht an einem fremden Grundstück, das fast immer im Grundbuche eingetragen oder dessen Besitzer durch den Briefbesitz legitimiert ist. Ebenso ist es bei den in der Verweisungsnorm (§ 857 Abs. VI) genannten Rechten, der gewöhnlichen Grund- und Rentenschuld, sowie der Reallast, hier allerdings ohne die Möglichkeit einer Verbriefung. Daher ist es leicht, in der Zwangsvollstreckung an diese äußeren Erscheinungsformen der Rechte anzuknüpfen. Die Eigentümergrundschuld dagegen ist ein Recht an der eigenen Sache, dem normalerweise — weil kraft Gesetzes entstanden, — die Publizität durch Bucheintrag oder Briefbesitz mangelt. Schon diese rein äußerlichen Unterschiede [18]) müssen deswegen so wichtig sein, weil die Zwangsvollstreckung an die äußere Form eines Rechtes anknüpfen muß. Sie zeigen auch, daß das, was dem einen Rechte angemessen ist, nicht dem anderen Rechte „entsprechen" kann.

Das immer wieder zur Begründung der herrschenden Lehre angeführte formale Argument aus § 857 Abs. VI ZPO. ist daher keinesfalls zwingend, da, wie schon der theoretische Teil der

---

[15]) So Jung, Recht 1920, S. 59 unter Hinweis auf die Anwendung des § 1207 BGB. auf gesetzliche Pfandrechte. Auch bei diesen wendet man mit Recht trotz § 1257 BGB, der die entsprechende Anwendung der Vorschriften über das Vertragspfandrecht vorschreibt, die Vorschriften über den Erwerb kraft Gutgläubigkeit nicht an, weil die Rechtsähnlichkeit, die Einräumung des Besitzes, fehlt.

[16]) Und das muß man einmal, wenn man nicht einer „toten Begriffsjurisprudenz" huldigen will; treffend: Förster-Kann Erl. 5 A zu § 857 ZPO.

[17]) Oberneck, 50, 559; dieser betont mit Recht, daß die Zwangsvollstreckung in die Eigentümergrundschuld nach herrsch. Lehre eine oft rein theoretische Angelegenheit sei.

[18]) Auf sie weist besonders Freudenthal JW. 1904. S. 602 hin.

Arbeit zeigte, immer dort, wo das Gesetz von Grundschuld redet, die Ueberlegung einzusetzen hat, ob die Vorschrift auch für die sich in wichtigen Punkten unterscheidende Eigentümergrundschuld ihrem Gehalt nach paßt.[19]) Diese Ueberlegung hatte hier noch mehr einzusetzen, da im § 857 Abs. II ZPO. eine Norm vorhanden war, die ebenfalls wörtlich anwendbar war und eine schnellere, einfachere Zwangsvollstreckung ermöglichte.

In einem anderen Falle scheut sich die herrschende Meinung auch garnicht, trotz des Wortlautes von § 857 Abs. VI ZPO. eine Ausnahme zu machen und zwar im Falle der Inhabergrundschuld des § 1195 BGB. Mit Recht erklärt man hier trotz § 857 Abs. VI nicht den § 830 ZPO. für entsprechend anwendbar, sondern den für Wertpapiere geltenden § 821 ZPO.[20]) Auch hier entspricht der ganz besonderen Eigenart der Inhabergrundschuld — obwohl nicht zu bestreiten ist, daß auch sie echte Grundschuld ist — nicht die schematische Anwendung aller für die Grundschulden geltenden Normen. Hier hat mit vollem Recht die Erkenntnis der gerade für die Zwangsvollstreckung wichtigen Besonderheit der Inhabergrundschuld, zumal in ihrer äußeren Form, den Sieg davongetragen über eine ängstliche Wortinterpretation.

Bei der Pfändung der Eigentümergrundschuld ist es anders gekommen. Nachdem das Reichsgericht sich in den Entscheidungen Bd. 55, S. 378 und Bd. 56, S. 13 mit dem formalen Argument „die Eigentümergrundschuld ist Grundschuld" für die Anwendung der §§ 857 Abs. VI, 830 ZPO. begnügt hatte, wobei es sich der praktischen Erschwerung bei dieser Pfändungsdurchführung wohl bewußt war, findet sich eine eingehende Begründung zuerst in der Entscheidung Bd. 59, S. 314. Hier wird darauf hingewiesen, daß die Sicherheit im Verkehr mit Briefhypotheken leiden würde, wenn die Pfändung der Eigentümergrundschuld durch bloße Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer erfolgte. Wenn in der Tat diese Gefährdung eintreten würde, wäre das ein wichtiger Grund gegen die hier vertretene Meinung. Allein eine Ueberlegung zeigt, daß diese Gefährdung nie eintreten kann. Das Reichsgericht führt als Beispiel an, daß jemand im besten Glauben vom Eigentümer eine diesem angefallene Briefhypothek erwirbt, die schon vor der Abtretung durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer, also ohne äußerliche Ersichtlichmachung, für einen anderen gepfändet sei. Hier würde, wie das Reichsgericht anzunehmen scheint, der gutgläubige Erwerber der Hypothek dem Pfändungsgläubiger gegenüber zurückstehen, und aus diesem Grunde

[19]) Endemann S. 737 Anm. 8.
[20]) Stein-Jonas Erl. 5 zu § 857 ZPO.

würde ein solches, der Publizität entbehrendes Pfandrecht, die Sicherheit im Verkehr mit Briefhypotheken gefährden.

Die gezogene rechtliche Folgerung ist jedoch unrichtig. Der redliche Erwerber der Briefhypothek erhält ein unbelastetes Recht, da er stets durch den öffentlichen Glauben des Grundbuches gemäß § 892 BGB. geschützt wird. Solange das Pfandrecht im Grundbuch nicht eingetragen steht, (und diese Eintragung kann gemäß §§ 42 Abs. I, 62 GBO. nur bei Vorlage des Briefes und Vermerk auf diesem geschehen), gilt das Grundbuch zu seinen Gunsten als richtig. Gleichgültig ist es dabei, ob der zedierende Eigentümer durch eine fortlaufende Reihe öffentlich beglaubigter Abtretungserklärungen legitimiert ist oder nicht, da hier unmittelbar die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches (§ 892 BGB.) Platz greifen, nicht aber die Sondervorschrift des § 1155 BGB. Es handelt sich hier ja nicht um das Gläubigerrecht des Zedenten (dieses ist durch die Pfändung nicht berührt), sondern um die Belastung des abgetretenen Rechtes, also um die richtige Darstellung des Rechtes selbst im Grundbuch. [21]) Weiß der Zessionar, daß das abgetretene Recht mit einem Pfandrechte belastet ist, besteht nicht der geringste Grund, ihn zu schützen. Der Verkehr mit Briefhypotheken wird also durch die fehlende Publizität des Pfandrechtes bei der Pfändung gemäß § 857 Abs. II ZPO. nicht gefährdet.

Nun führt man an, es sei völlig abnorm, daß ein Recht an einem Grundstücke ohne Bucheintrag oder andere Ersichtlichmachung entstehen könne. [22]) Hätte das Gesetz von diesem Grundsatze eine Ausnahme machen wollen, hätte es das ausdrücklich erklären müssen. Richtig ist allerdings, daß die Eintragung bei der Entstehung eines Rechtes an einem Grundstücke oder eines Rechtes an einem Grundstücksrechte, das Normale ist. Allein dieser Grundsatz ist keineswegs von Ausnahmen frei. In der nächsten Nähe des § 857 ZPO. findet sich im § 848 ZPO. die Entstehung einer Sicherungshypothek ohne Grundbucheintrag. Man kann vor allem nicht, wie P. Mayer es tut, die Pfändung der gewöhnlichen Hypothek, die kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 830 ZPO.) der äußeren Ersichtlichmachung bedarf, mit der Pfändung der Eigentümergrundschuld in eine enge Beziehung setzen. [23]) Bei der gewöhnlichen Gläubigerhypothek wird ein durch Grundbucheintrag oder Briefbesitz offenkundiges Recht gepfändet und daher auch für den Pfandrechtserwerb Eintragung oder Briefübergabe verlangt. Wenn aber,

---

[21]) Insofern unrichtig: Stein-Jonas Erl. zu § 857, der § 1155 BGB. anwenden will.

[22]) OLG. Dresden in OLGE. 6, 401.

[23]) Mayer S. 277.

wie bei der Eigentümergrundschuld, das der Zwangsvollstreckung unterliegende Recht selbst normalerweise der Publizität entbehrt, so erscheint es sehr wohl im Sinne des Gesetzes liegend, dieser Eigenart der Eigentümergrundschuld angemessen, das Pfändungspfandrecht ebenfalls ohne Publizität entstehen zu lassen. Auch bei anderen Rechten, die sich nicht in einem Papier- oder Bucheintrag verkörpern, muß die Zwangsvollstreckung ohne Publizität durchgeführt werden. Dazu gilt der Grundsatz von der Uebereinstimmung des Grundbuches mit der wahren Rechtslage bei Rechten an Grundstücksrechten nur im beschränkterem Umfange als sonst. Gemäß §§ 1072, 1064 und 1273, 1255 BGB. bedarf auch die Aufhebung dieser Rechte keiner Eintragung ins Grundbuch. Das Erfordernis der Ersichtlichmachung zur Entstehung des Pfandrechtes dürfte man nur dann stellen, wenn durch die fehlende Publizität der Rechtsverkehr beeinträchtigt würde. Das ist aber, wie gezeigt, nicht der Fall.

Einen anderen Einwand gegen die hier vertretene Auffassung gibt P. Mayer. [24]) Dieser weist darauf hin, daß diese Auffassung einen sachlich unbegründeten und inkonsequenten Unterschied zwischen der Pfändung von Eigentümergrundschulden und (forderungsbekleideten) Eigentümerhypotheken mache. Wenn man schon die Eigentümergrundschuld von der Regelung des § 830 ZPO. ausnehmen wolle, sei kein Grund ersichtlich, trotzdem die Eigentümerhypothek gemäß § 830 ZPO. pfänden zu wollen. Da die sachenrechtlichen Befugnisse bei beiden Eigentümergrundpfandrechten gemäß § 1177 Abs. II BGB. genau die gleichen seien, erscheine es ungerechtfertigt, bei der Pfändung des einen Rechtes die Publizität zu erfordern, bei dem anderen dagegen nicht. Dieser Vorwurf der Inkonsequenz wurde zu Recht erhoben, sofern sich die hier vertretene Auffassung darauf stützte, daß die Eigentümergrundschuld in Wahrheit keine Grundschuld, keine Belastung sei, sondern ein Stück unbelastetes Eigentum. Wenn damit die Grundschuld an der eigenen Sache ihrem Wesen nach geleugnet wurde, so war es folgerichtig genau so bei der Eigentümerhypothek. Auch sie mußte dann ihrem Wesen nach keine Hypothek, sondern freies, unbelastetes Eigentum sein. Von dieser Auffassung aus war es allerdings nicht einzusehen, weshalb man für dieses Recht trotzdem § 830 ZPO. — also eine für eigentliche Hypotheken geltende Vorschrift — anwenden wollte. Sieht man aber wie hier auch in der Eigentümerhypothek eine echte Hypothek, so löst sich das Problem bald, da sich schon aus dem Gesetze der Unterschied der Pfän-

---

[24]) S. 270.

dungsdurchführung bei beiden Rechten ergibt. Die Eigentümerhypothek ist ein Recht, das einen Drittschuldner hat, zwar nur in Bezug auf die persönliche Forderung: aber persönliche Forderung und dingliche Berechtigung können bei der Hypothek nicht isoliert behandelt werden (§ 1153 BGB.), da beide — außer im Falle des § 1138 BGB. — die gleichen rechtlichen Schicksale haben. Bei dieser Hypothek mit Drittschuldnern wird deswegen konsequent § 830 ZPO. angewandt, zumal gar keine andere Vorschrift da ist, deren Anwendung in Erwägung gezogen werden könnte. § 857 Abs. II ZPO. scheidet schon deswegen aus, weil die Eigentümerhypothek eben kein Recht ohne Drittschuldner ist.

Die entsprechende Anwendung des § 830 ZPO. für die Pfändung der Eigentümergrundschuld ist nicht nur deren Eigenart unangemessen, sondern führt auch im einzelnen zu unhaltbaren Konsequenzen, die zeigen, daß eine für ein ganz anderes geartetes Recht geltende Vorschrift garnicht „entsprchend" zu übertragen ist.

Ein einleuchtendes Beispiel gibt die Anwendung des § 830 Abs. II ZPO. Der Sinn dieser Bestimmung ist — auf die gewöhnliche (Gläubiger)-Hypothek angewandt — klar. Die Pfändung ist hier erst bewirkt mit der Eintragung im Grundbuch bzw. der Uebergabe des Hypothekenbriefes. Trotzdem soll schon die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner die Wirkung haben, daß ihm gegenüber die Pfändung schon in diesem Augenblick als bewirkt gilt, d. h. er soll von diesem Zeitpunkt an nicht mehr befreiend an den Gläubiger leisten können oder mit diesem andere zum Nachteil des Vollstreckungsgläubigers gereichende Geschäfte vornehmen können. [25]) Diese Vorschrift dürfte weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinne nach auf ein Recht, dem ein Drittschuldner fehlt, übertragen werden können. [26]) Dort fehlt der typische Zweck dieser Bestimmung, da eine Leistung an einen Berechtigten nicht in Frage kommt. Trotzdem hat das Reichsgericht versucht, diese Vorschrift in „entsprechender" Anwendung auf die Pfändung der Eigentümergrundschuld zu übertragen. [27]) Es handelte sich um einen Fall, wo zunächst A eine auflösend bedingte Eigentümergrundschuld bei einer eingetragenen Höchstbetragshypothek pfänden lassen wollte, jedoch einen Eintrag im Grundbuch nicht erwirken konnte, da der Sicherungshypothekar noch als Berechtigter eingetragen war. A erwirkte also nur einen Pfändungsbeschluß, den

---

[25]) So klar: RGZ. 76, 233.
[26]) OLG. Dresden in OLGE. 7, 315.
[27]) RGZ. 97, 223 ff.

er dem Eigentümer zustellen ließ. Geraume Zeit später erwirkte B nach der Eintragung des Eigentümers als des Inhabers der Eigentümergrundschuld einen Pfändungsbeschluß und ließ diese Pfändung sofort eintragen. Darauf erwirkte auch A die Eintragung des Pfandrechtes im Grundbuch.

Von unserer Auffassung aus ist die Reihenfolge der Pfandrechte eindeutig: A geht im Rechte vor, weil sein Pfandrecht schon mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer wirksam wurde (§ 857 Abs. II ZPO.) und der nachträgliche Grundbucheintrag nur Berichtigungscharakter hatte. Diese Lösung entspricht auch der Billigkeit und der Interessenlage. Für die Entstehung des Pfandrechtes muß der erste Zugriff des Gläubigers maßgebend sein, andernfalls wäre es lediglich Zufalls- und Glückssache, wer von mehreren Vollstreckungsgläubigern es zuerst merkt, daß sein Schuldner im Grundbuch als Berechtigter der Eigentümergrundschuld eingetragen steht, oder daß dieser Eintragung nach der endgültigen Abrechnung aus dem Geschäftsverkehr, der der Hypothek zugrundelag, keine Hindernisse mehr entgegenstehen, und darauf den Pfandrechtseintrag durchsetzt.

Vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus muß man ebenso konsequent zur entgegengesetzten Lösung kommen. Die Pfändung ist erst bewirkt mit der Eintragung des Pfandrechtes, die Zustellung des Pfändungsbeschlusses ist ein (garnicht einmal notwendiger) Teil der Pfändungsdurchführung: also geht B im Rechte vor.

Das Reichsgericht entscheidet anders: In dem Pfändungsbeschlusse liege ein gerichtliches, an den Vollstreckungsschuldner gerichtetes Verfügungsverbot, das die relative Unwirksamkeit der weiteren Verfügungen über das Recht gemäß §§ 135. 136 BGB. herbeiführen soll. Allerdings sei Voraussetzung hierfür, daß schließlich die Eintragung und damit die Wirksamwerdung des Pfändungspfandrechtes erfolge; denn nur unter dieser Bedingung könne der im § 161 BGB. geregelte Schwebezustand eintreten. Die im § 830 Abs. II ZPO. gegenüber dem Drittschuldner geregelte Vorbeziehung der Pfändungswirkung müsse für die Eigentümergrundschuld entsprechend angewandt werden.

Mit Recht wird diese Auffassung vom RGR.-Kommentar [28]) bekämpft. Den dort angeführten Gegengründen wird beizupflichten sein. Nach der herrschenden Auffassung ist der Pfändungsbeschluß und damit das richterliche Verfügungsverbot nur ein Teil der Pfändung, der isoliert keine Wirkungen haben

[28]) Erl. 1 zu § 1190 BGB. (S. 667 Mitte).

kann, die ihm das Gesetz nicht ausdrücklich (wie im § 830 Abs. II ZPO.) beilegt. Er soll, wie Güthe-Triebel vom Standpunkt der herrschenden Meinung mit Recht hervorhebt, nur die bindende Einigung unter den Parteien über die Entstehung des Pfandrechtes, die sonst erforderlich ist, ersetzen.[29]) Aber auch bei einer solchen freiwilligen Einigung wäre es dem Schuldner immer noch möglich, wenn schon meist mit Schadensersatzpflicht verbunden, über das Recht, das mit dem Pfandrechte belastet werden soll, anderweitig zu verfügen. Weitergehende Folgerungen hat der Pfändungsbeschluß aber auch nicht. Zudem würde bei Richtigkeit der Auffassung des Reichsgerichts der Eigentümer auch nicht mehr rechtsgeschäftlich über die Eigentümergrundschuld zugunsten eines Erwerbers verfügen können, der nur von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses weiß. Der § 830 Abs. II ZPO. regelt einen genau bestimmten Fall und ist nicht mit so weitgehenden Konsequenzen auf ein Recht ohne Drittschuldner zu übertragen. Die Auffassung des Reichsgerichtes müßte auch für die Pfändung von Gläubigerhypotheken Folgerungen hinsichtlich der Rückbeziehung der Pfändungswirkung haben, die, soweit ich sehe, bislang noch nicht gezogen sind.

So scheint die angeführte Entscheidung des Reichsgerichts von der dort zugrundegelegten Auffassung aus — Pfändung der Eigentümergrundschuld über § 830 ZPO. — nicht haltbar. Und doch lag der Entscheidung ein richtiger Gedanke zugrunde. Es werden durch sie die praktisch wichtigsten Wirkungen des Pfandrechtes auf einen Zeitpunkt bezogen, der vor der äußeren Sichtbarmachung liegt. Es wird nur zur Bedingung dieser Wirkungen gemacht, daß das Pfandrecht später durch Eintragung oder Briefübergabe entstehe. Es wird also ohne die viel angeführte Publizität der Rechtslage gerade Dritten gegenüber (und nur zu derem Schutze könnte man doch ein Publizitätserfordernis aufstellen!) so angesehen, als wenn ein wirkliches Pfandrecht schon entstanden wäre. Man scheut sich nur auszusprechen, daß ein Pfandrecht wirklich schon vorliege. Die Rückbeziehung dieser Pfändungswirkungen durch das Reichsgericht zeigt, daß es sowohl der Eigenart der Eigentümergrundschuld wie den Bedürfnissen einer gesunden Praxis entspricht, den Schwerpunkt der Pfändung nicht auf die Eintragung im Grundbuche, sondern auf die Zustellung des Pfändungsbeschlusses zu legen. Nur wird dieses erwünschte Ergebnis mit Hilfe einer äußerst anfechtbaren Begründung und auf einem großen Umwege gewonnen, einem Umwege, der den Fehler, der in der An-

---

[29]) Erl. 128 zu § 19 GBO. (S. 499 Mitte).

wendung des nicht passenden § 830 ZPO. auf die Eigentümergrundschuld lag, einigermaßen wieder gut zu machen versucht.

Ein weiteres Beispiel, wohin die Anwendung des § 830 ZPO. für die Zwangsvollstreckung in eine Eigentümergrundschuld führt, zeigt der Streit, der um die Fassung des Pfändungsbeschlusses innerhalb der herrschenden Lehre herrscht.[30]) Nach unserer Auffassung hat dieser Beschluß gemäß § 857 Abs. II ZPO. das an den Schuldner (Eigentümer) gerichtete Verbot zu enthalten, sich jeder Verfügung über die Eigentümergrundschuld zu enthalten. Damit ist die einzige durch den Vollstreckungsschuldner dem Gläubiger gegenüber mögliche Gefährdung des Rechtes diesem in klarer Weise durch das Gericht verboten. Der Pfändungsbeschluß bei der Fremdhypothek enthält dagegen wie bei der Forderungspfändung zwei Teile. Hier besteht nämlich für den Gläubiger nicht nur die Gefahr, daß der Vollstreckungsschuldner über das der Vollstreckung unterliegende Recht verfügt, sondern daneben die Gefahr, daß der Drittschuldner, (meist der Eigentümer) durch Rückzahlung der Hypothek die Vollstreckung vereitelt. Deswegen bedarf es hier noch — der Eigenart d i e s e s Rechtes durchaus angemessen — des Verbotes an den Drittschuldner, an den Schuldner zu zahlen. Will man diese Vorschrift entsprechend auf die Eigentümergrundschuld anwenden, so ergibt sich hier für ein an den Eigentümer, der zugleich Drittschuldner sein soll, gerichtetes Zahlungsverbot nicht der geringste Sinn. Und trotzdem wird von vielen das an den Eigentümer gerichtete Verbot, an sich selbst zu zahlen, für die Pfändung der Eigentümergrundschuld für wesentlich erklärt.[31]) Auch vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus wird man eine solch formale und jedes vernünftigen Sinnes bare Gesetzesinterpretation ablehnen müssen, und das Verbot, sich der Verfügung über das Recht zu enthalten, für ausreichend halten dürfen.[32]) Es zeigt sich nur wieder, wohin es führt, wenn man auf ein Recht Vorschriften entsprechend anwenden will, die zu diesem Rechte kaum eine Beziehung haben.

---

[30]) Literatur bei Planck-Strecker, Erl. 6 c α zu § 1177 BGB.

[31]) So in der Tat: Güthe-Triebel Erl. 131 zu § 19 GBO.; Planck-Strecker Erl. 6 c α zu § 1177 BGB.; Biermann Erl. 9 a zu § 1163 BGB.; Mayer S. 284.

[32]) So mit Recht Kolmar, OLGE. 7, 316.

## IV. Teil:

# Die Durchführung der Zwangsvollstreckung in die Eigentümergrundschuld nach richtiger Auffassung, insbesondere die Sicherung des Pfändungsgläubigers.

Die Ergebnisse und praktischen Konsequenzen dieser Arbeit seien im folgenden kurz zusammengefaßt:

1. Die Eigentümergrundschuld ist als Recht ohne Drittschuldner gemäß § 857 Abs. II ZPO. zu pfänden. Demgemäß ist die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Eigentümer erforderlich und ausreichend. Der Eintrag des Pfandrechtes im Grundbuche ist nicht wesentlich und trägt nur Berichtigungscharakter. Um die Berichtigung durchzuführen, bedarf der Vollstreckungsgläubiger keiner Hilfspfändungen.

Ist der Schuldner schon als Inhaber der Eigentümergrundschuld eingetragen, so kann der Gläubiger durch Vorlage des Pfändungsbeschlusses und der Zustellungsurkunde an das Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuches durch eine öffentliche Urkunde, also in der Form des § 29 GBO., nachweisen und daher ohne Zustimmung des Schuldners gemäß § 22 Abs. I GBO. die Eintragung seines Pfandrechtes und damit die Berichtigung durchsetzen. Erwähnt sei noch, daß der Pfändungsbeschluß nicht mehr, wie nach der herrschenden Meinung, die Zustimmung des betroffenen Eigentümers ersetzen kann, da § 830 Abs. I Satz 3 ZPO, der diese Wirkung des Pfändungsbeschlusses statuiert, auf den hier rein berichtigenden Eintrag keine Anwendung findet. Auf dem Wege über die §§ 22 Abs. I, 29 GBO. kommt man jedoch praktisch zu demselben Verfahren bei der Eintragung.

Ist noch der Hypothekar als Berechtigter der Post eingetragen, so kann der Vollstreckungsgläubiger wählen.

Er kann zunächst gemäß § 895 BGB. von dem Eigentümer verlangen, daß dieser die Berichtigung des Grundbuches auf sich als Inhaber der Eigentümergrundschuld durchführt, da diese Eintragung Voraussetzung für die Eintragung des Pfandrechtes ist. (§ 40 GBO.). Da die Vollstreckung eines solchen Urteils in dem Falle, wo der Schuldner gegen den Scheinhypothekar erst die Berichtigungsklage erheben müßte, nur gemäß

§ 888 ZPO. erfolgen könnte,[1]) führt dieser Weg nicht unbedingt zum Ziele.

Der Gläubiger kann aber auch gemäß § 894 BGB. direkt von dem als Hypothekar Eingetragenen Zustimmung zur Berichtigung der Post auf den Namen des Eigentümers verlangen, da sein dingliches Recht im Grundbuch nicht eingetragen ist und er durch das eingetragene Recht des nichtberechtigten Hypothekars beeinträchtigt wird.[2]) Sodann kann er auf Grund des Pfändungsbeschlusses seine eigene Eintragung erwirken. Das rechtskräftige Urteil gegen den Scheinhypothekar ersetzt gemäß § 894 ZPO. dessen Zustimmung zur Eintragung.

Der freiwilligen oder erzwungenen Zustimmung des Buchberechtigten bedarf es nicht, wenn der Gläubiger in der Lage ist, die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen. (§§ 22 Abs. I. 29 GBO.).

Da ihm die Eigentümergrundschuld mit der Pfändung in der Regel gleichzeitig überwiesen wird, gibt ihm § 836 Abs. III ZPO. ein Recht auf Herausgabe dieser Beweisurkunden gegen den Schuldner, die er auf Grund des Ueberweisungsbeschlusses im Wege der Zwangsvollstreckung erwirken kann, und ferner ein Recht auf Auskunftserteilung gegen seinen Schuldner.

Ein Recht auf Aushändigung des Hypothekenbriefes steht ihm ebenfalls gemäß § 836 Abs. III ZPO. gegen seinen Schuldner und gemäß § 952 BGB. gegen alle Besitzer zu, da das Pfandrecht am Rechte auch das Pfandrecht am Briefe umfaßt.

2. Die praktische Bedeutung der hier vertretenen Auffassung über die Pfändungsdurchführung liegt darin, daß der Vollstreckungsgläubiger schon vor der Grundbucheintragung oder

---

[1]) RGR.-Komm. Erl. 2 zu § 895 BGB.

[2]) Die Ansprüche aus § 894 und § 895 BGB. können in Fällen wie hier sehr wohl nebeneinander bestehen. Das verkennt Heck § 42, 5. der in dem Beispiel 5 a — auf den obigen Fall angewandt — die Anwendung des § 894 BGB. versagt, weil der scheinberechtigte Hypothekar nicht von einer Eintragung eines Pfandrechtes an der wirklich bestehenden Eigentümergrundschuld betroffen würde, also nicht passiv legitimiert sei. Der Vollstreckungsgläubiger will aber mit diesem Anspruch den Eintrag des Eigentümers erreichen, und insofern wird doch zwar nicht das wahre Recht (das dieser garnicht hat), aber doch das „Buchrecht" des Scheinhypothekars von der Eintragung betroffen. Das aber genügt, um § 894 BGB. anzuwenden. Der von Heck vorgeschlagene Weg, der Gläubiger solle auf Grund des auf die Berichtigungsbewilligung gegen den Eigentümer gerichteten Urteils sich dessen Berichtigungsanspruch gegen den Scheinhypothekar pfänden und überweisen lassen, scheitert — abgesehen von seiner Umständlichkeit — schon daran, daß auf Grund eines nicht auf eine Geldleistung gerichteten Urteils diese Pfändung und Ueberweisung garnicht möglich ist. Die richtige Auffassung im RGR.-Komm. Erl. 1 zu § 895. (Ende).

Briefübergabe ein wirksames Pfandrecht hat. Sein Pfandrecht geht also dem der nachfolgenden Vollstreckungsgläubiger vor, selbst wenn diese eher den Eintrag im Grundbuche oder die Briefübergabe erwirken. Ebenfalls geht das Pfandrecht den unredlichen rechtsgeschäftlichen Erwerbern der Eigentümergrundschuld vor.

Um sich gegenüber Verfügungen an redliche Erwerber zu schützen, wird der Gläubiger gut daran tun, die Berichtigung des Grundbuches oder die Herausgabe des Briefes baldmöglichst zu erwirken. Da er ein dingliches Recht hat, bietet beides — wie gezeigt — keine wesentlichen rechtlichen Schwierigkeiten. Leider fehlt der strafrechtliche Schutz des Vollstreckungsgläubigers, der gegenüber Verfügungen des Schuldners, die trotz des gerichtlichen Veräußerungsverbotes erfolgen und die Vollstrekkung vereiteln, durchaus angebracht wäre. § 137 StGB. kennt aber nur einen Verstrickungsbruch an Sachen, und die Ausdehnung dieser Vorschrift auf Rechte ist nicht möglich,[8]) was de lege ferenda bedauerlich ist. Es erscheint gleich strafwürdig, ob durch staatlichen Hoheitsakt beschlagnahmte Sachen oder Rechte der Vollstreckung entzogen werden.

3. Dem Vollstreckungsgläubiger wird daran gelegen sein, sein Recht an der Eigentümergrundschuld schon vor der endgültigen Eintragung vor Verfügungen an redliche rechtsgeschäftliche Erwerber zu sichern. Dieser Zweck wird erreicht durch die Eintragung eines Widerspruches gegen die Richtigkeit des Grundbuches, den der Gläubiger im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO.) erwirken kann. Die Voraussetzungen des Widerspruchs sind gegeben, da der Gläubiger als ein im Grundbuch nicht eingetragener Berechtigter auch Berichtigung verlangen kann. (§ 899 Abs. I BGB.). Hierbei braucht er gemäß § 899 Abs. II BGB. nur sein Recht, nicht aber die Gefährdung dieses Rechtes glaubhaft zu machen.

Ist der Hypothekengläubiger noch als Berechtigter eingetragen, wird der Widerspruch zum Schutze des Pfandrechtes vermerkt werden müssen, das an der aus der eingetragenen Gläubigerhypothek entstandenen Eigentümergrundschuld besteht. Der Widerspruch richtet sich somit gegen eine zweifache Unrichtigkeit des Grundbuches, die darin besteht, daß a) das Recht des Eigentümers als Berechtigten aus der Eigentümergrundschuld nicht eingetragen steht, und daß b) das Pfandrecht des Vollstreckungsgläubigers an dieser Eigentümergrundschuld nicht eingetragen ist. Dieser Widerspruch schützt den Gläubiger daher sowohl vor Verfügungen des Scheinhypothekars, wie auch

[8]) Verein. Str. Sen. RGSt. 24, 40 und die herrschende Lehre, Frank Erl. I zu § 137 StGB.

des Eigentümers, die beide nicht nur dem Gläubiger gegenüber, sondern absolut unwirksam sind. [4])

Sofern der Widerspruch nicht nur zugunsten der bestehenden Eigentümergrundschuld, sondern auch zugunsten des Pfandrechtes an dieser eingetragen wird, könnte man allerdings Bedenken haben, ob insofern diesem Eintrag nicht § 40 GBO. im Wege steht. Die herrschende Meinung will § 40 GBO. auch auf die Eintragung eines Widerspruches anwenden. [5]) Das erscheint sehr bedenklich, da die Eintragung eines Widerspruches, die doch nur einen provisorischen Charakter trägt, mit einer gewöhnlichen Eintragung nicht gleichgestellt werden kann. Durch die Zulassung einer solchen Eintragung könnten im Gegensatz zur endgültigen Eintragung die Rechte des wahren eingetragenen Berechtigten nie ernstlich gefährdet werden. Andererseits wäre bei Anwendung des § 40 GBO. die Folge, daß ein wirksamer und schneller Schutz des dinglich Berechtigten, der die Schutzeintragung eines Widerspruches erreichen will, oft versagen wird. Diese Gesichtspunkte müssen bei der Auslegung des § 40 GBO. den Vorrang vor einer formalen Wortinterpretation einnehmen. [6])

Bei Briefhypotheken bedarf es, soweit der Widerspruch gegen das Recht des Hypothekars gerichtet ist, der Vorlage des Briefes nicht, weil meist geltend gemacht werden wird, daß eine Forderung nicht oder nicht mehr bestehe. (§ 42 Abs. I Satz 2 GBO.). Es bedarf aber der Briefvorlage gemäß § 42 Abs. I Satz 1 GBO., soweit der Widerspruch auch das Pfandrecht an der Eigentümergrundschuld schützen soll, da für diesen Fall die Grundbuchordnung keine Ausnahme von dem Erfordernis der Briefvorlage vorsieht. Insofern könnte allerdings die Eintragung des Widerspruches nicht erwirkt werden, wenn es dem Gläu-

---

[4]) Planck-Strecker Erl. 5 a zu § 899 BGB.; M. Wolff § 47 III, 1 zu Anm. 8. Bestritten: aber durch den Widerspruch sollen die Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuches, mithin die Rechtsscheinswirkung des Grundbuches, ausgeschlossen werden. Daher kann ein Nichtberechtigter einem anderen keine Rechte vermitteln.

[5]) Güthe-Triebel Erl. 6 zu § 40; Predari Erl. 3 c zu § 40 GBO.

[6]) Vielleicht wäre es auch möglich, der Anwendung des § 40 GBO. zu entgehen, indem man argumentiert: Der Widerspruch ist, trotzdem er zweierlei Funktionen ausübt (Schutz gegen den Scheinhypothekar und gegen den Eigentümer), als einheitliche Eintragung anzusehen. Insofern er sich auch gegen den eingetragenen Scheinhypothekar richtet, ist dem § 40 GBO. Genüge getan. (ähnlich ein Beispiel bei Güthe-Triebel: Erl. 11 zu § 40 GBO.). M. E. verdient die oben gegebene Begründung den Vorzug. De lege ferenda wird die Berechtigung des § 40 GBO. sehr zweifelhaft erscheinen müssen. Schon heute ist diese Norm von der Praxis über die gesetzlich zugelassenen Ausnahmen hinaus durch weitere Ausnahmen sehr entwertet.

biger nicht gelingt (z. B. durch einstweilige Verfügung), sofort den Brief zu erlangen.

4. Eine wichtige Folge der hier vertretenen Pfändungsdurchführung ist es, daß die Zwangsvollstreckung in eine Eigentümergrundschuld nicht mehr an Schwierigkeiten aus dem formellen Grundbuchrechte scheitern kann.

Nach dieser Auffassung kann ein Gläubiger auch die latente Eigentümergrundschuld seines Schuldners pfänden, auch wenn er den genauen Nachweis für ihr Entstehen nicht führen kann.

Es ist ferner die Pfändung der auflösend bedingten Eigentümergrundschuld bei der Höchstbetragshypothek und der künftigen Eigentümergrundschuld möglich geworden.

## Lebenslauf.

Geboren bin ich, **Fritz Hauß**, am 28. Oktober 1908 zu Münster (Westf.) als Sohn des Landesamtmanns Adolf Hauß und seiner Ehefrau Auguste, geb. Grundmann. Seit Ostern 1918 besuchte ich das Städtische Gymnasium zu Münster, das ich am 28. Februar 1927 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Innsbruck, Münster, Berlin und Marburg. Am 30. Juli 1930 bestand ich vor der juristischen Prüfungskommission des Oberlandesgerichts Hamm das Referendarexamen. Seither bin ich als Gerichtsreferendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 18. Juli 1931.